

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO – PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO – PPGD
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO**

**SUPREMACIA JUDICIAL E DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS:
DEVE HAVER UM INTÉRPRETE FINAL DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL?**

MARCELO MARTINS PITON

Passo Fundo – RS, abril de 2023.

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO – PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO – PPGD
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO**

**SUPREMACIA JUDICIAL E DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS:
DEVE HAVER UM INTÉRPRETE FINAL DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL?**

MARCELO MARTINS PITON

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Adriana Fasolo Pilati

Passo Fundo – RS, abril de 2023.

CIP – Catalogação na Publicação

P685s Piton, Marcelo Martins
Supremacia judicial e diálogos constitucionais [recurso eletrônico] : deve haver um intérprete final da Constituição Federal? / Marcelo Martins Piton. – 2023.
950 KB ; PDF.

Orientadora: Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2023.

1. Poder judiciário. 2. Efeitos sistêmicos. 3. Diálogos constitucionais. 4. Supremacia parlamentar. 5. Supremacia judicial. I. Pilati, Adriana Fasolo, orientadora. II. Título.

CDU: 34

Catalogação: Bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“SUPREMACIA JUDICIAL E DIÁLOGOS
CONSTITUCIONAIS: DEVE HAVER UM INTÉRPRETE
FINAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL? ”**

Elaborada por

MARCELO MARTINS PITON

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito”
Área de Concentração – Novos Paradigmas do Direito

APROVADO COM LOUVOR

Pela Comissão Examinadora em: 24/05/2023



Dra. Adriana Fasolo Pilati
Presidente da Comissão Examinadora
Orientadora



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito



Dr. Giovanni da Silva Corralo
Membro interno



Dr. Rogerio da Silva
Diretor Faculdade de Direito



Dra. Maria Aparecida Lucca Coavilla
Membro externo



O intérprete final da Constituição é a própria Constituição.

Autor desconhecido.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha gratidão aos meus pais, Antônio Carlos Piton e Tânia Martins Piton, ao meu irmão, Eduardo Martins Piton, e sua esposa, Michele Antunes Piton, além das minhas sobrinhas Sarah Antunes Piton e Maitê Antunes Piton, por sempre estarem ao meu lado e me apoiarem em todos os momentos.

Agradeço de maneira especial à minha orientadora, a Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati, por todas as suas valiosas sugestões, críticas, comentários e orientações. Além disso, sou grato pela sua paciência e comprometimento, que desempenharam um papel importante no desenvolvimento desta pesquisa. Seu apoio e conhecimento foram fundamentais para o progresso e conclusão deste projeto.

Aos amigos e familiares que me acompanharam nesta jornada, especialmente ao amigo Marcel Andreatta de Miranda, cujas contribuições certamente ajudaram que essa dissertação pudesse seguir um caminho lógico.

A todos os colegas de mestrado, destacando Alexandre Gehlen, Ana Isabel Mendes, Ana Julia Biasin Oedmann, Antônio Kramer Neto, Filipe Siviero, Vanessa Casagrande e Pedro Zaffari, por todas as conversas e trocas de ideias dentro e fora de sala de aula.

À Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, instituição à qual tenho orgulho de pertencer. A atuação desta importante função essencial à justiça é uma inspiração para todos nós que buscamos um mundo mais justo e igualitário.

Por fim, gostaria de agradecer aos professores e equipe da UPF pelas aulas ministradas e por manterem vivo o programa de mestrado, que me proporcionou uma experiência acadêmica valiosa.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo – RS, abril de 2023.

**Marcelo Martins Piton,
Mestrando.**

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Universidade de Passo Fundo. O problema enfrentado resume-se à seguinte questão: há a necessidade de um intérprete final da Constituição Federal? Como hipóteses, é analisado se é justificável que o Poder Judiciário tenha a última palavra nesse mister ou se a função interpretativa também deve ser realizada pelos demais Poderes e a sociedade civil, envolvendo uma efetiva e permanente interação. O primeiro objetivo específico abarca a análise dos modelos inglês e francês da supremacia parlamentar e os modelos americano e austríaco de controle de constitucionalidade, que dão origem à supremacia judicial, suas evoluções, implicações e controvérsias. Ainda, aborda o modelo brasileiro, notadamente o histórico, a formação e a atuação do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988. O segundo objetivo é a análise das capacidades institucionais e efeitos sistêmicos dos Poderes Judiciário e Legislativo e de suas decisões. As primeiras consistem nas habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições, enquanto os constituem as consequências vivenciadas pela sociedade. O terceiro objetivo específico aborda as teorias dialógicas, tais como as virtudes passivas, o minimalismo e o constitucionalismo popular, com o intuito de elaborar um panorama e investigar as suas conexões e implicações. Em seguida, é realizada uma análise da experiência do Canadá e do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. O produto científico resultante de toda a investigação, através do método dedutivo, é apresentado em três capítulos, que correspondem aos objetivos específicos descritos acima. A conclusão geral revela um déficit de legitimidade da supremacia judicial e propõe, para uma melhor interpretação constitucional, a adoção de diálogos institucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidades Institucionais; Diálogos Institucionais; Efeitos Sistêmicos; Supremacia Judicial; Supremacia Parlamentar.

ABSTRACT

This dissertation is part of the research line of the Master's Degree in Law of the Stricto Sensu Postgraduate Program at the Faculty of Law of the University of Passo Fundo. The problem at hand is summarized in the following question: Is there a need for a final interpreter of the Federal Constitution? As hypotheses, it is analyzed whether it is justifiable for the Judiciary to have the final say in this matter or whether the interpretative function should also be carried out by the other branches of government and civil society, involving effective and permanent interaction. The first specific objective encompasses the analysis of the English and French models of parliamentary supremacy and the American and Austrian models of constitutional review, which give rise to judicial supremacy, their evolutions, implications, and controversies. It also addresses the Brazilian model, notably the historical formation and performance of the Supreme Court after the Federal Constitution of 1988. The second specific objective is the analysis of the institutional capacities and dynamic effects of the Judiciary and Legislative branches and their decisions. The former consists of the concrete abilities, resources, conditions, and limitations of these institutions, while the latter constitutes the consequences experienced by society. The third specific objective addresses dialogical theories, such as passive virtues, minimalism, and popular constitutionalism, in order to elaborate a panorama and investigate their connections and implications. Next, an analysis of Canada's experience and the current understanding of the Brazilian Supreme Court on the subject is carried out. The resulting scientific product, through deductive method, is presented in three chapters corresponding to the specific objectives described above. The general conclusion reveals a legitimacy deficit of judicial supremacy and proposes, for a better constitutional interpretation, the adoption of institutional dialogues.

KEY-WORDS: Dynamic effects; Institutional Capacities; Institutional Dialogues; Judicial Supremacy; Parliamentary Supremacy.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| AGRADECIMENTOS | 4 |
| RESUMO | 6 |
| ABSTRACT | 7 |
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 DA SUPREMACIA PARLAMENTAR À SUPREMACIA JUDICIAL | 15 |
| 2.1 SUPREMACIA PARLAMENTAR: OS MODELOS INGLÊS E FRANCÊS..... | 15 |
| 2.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (<i>JUDICIAL REVIEW</i>): OS MODELOS AMERICANO E AUSTRÍACO..... | 20 |
| 2.2.1 O constitucionalismo estadunidense e a alternativa à supremacia parlamentar: a soberania judicial..... | 21 |
| 2.2.1.1 A evolução da atuação da Suprema Corte e da soberania judicial americana..... | 26 |
| 2.2.2 O modelo austríaco de controle de constitucionalidade..... | 31 |
| 2.3 CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL: O DEBATE DE HANS KELSEN E CARL SCHMITT..... | 32 |
| 2.4. O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO..... | 35 |
| 2.4.1 Evolução histórica..... | 35 |
| 2.4.2 O Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988 e premissa da supremacia judicial..... | 42 |
| 3 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E EFEITOS SISTÊMICOS: A VIRADA INSTITUCIONAL | 51 |
| 3.1 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, EFEITOS SISTÊMICOS E SUPREMACIA JUDICIAL..... | 54 |
| 3.1.1 Direitos morais, a proteção da minoria e o Poder Judiciário como meio procedimental..... | 56 |
| 3.1.2 O insulamento, a análise prospectiva e a fundamentação das decisões..... | 60 |
| 3.1.3 A neutralidade do Poder Judiciário..... | 65 |
| 3.1.4 Acervo processual..... | 68 |
| 3.1.5 Temas técnicos ou científicos de grande complexidade e o poder do diálogo.. | 71 |
| 3.1.6 Desacordo morais razoáveis: a dignidade da legislação..... | 74 |
| 3.2 POSSÍVEIS EFEITOS SISTÊMICOS..... | 80 |
| 4 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS | 86 |

| | |
|--|------------|
| 4.1 DIÁLOGOS INTERNOS E EXTERNOS..... | 91 |
| 4.1.1 Virtudes passivas e minimalismo: diálogos internos..... | 91 |
| 4.1.2 Diálogos entre Instituições e o Constitucionalismo popular: diálogos externos | 95 |
| 4.2 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: PANORAMA..... | 101 |
| 4.3 EXPERIÊNCIA CANADENSE E OS PROCEDIMENTOS PARA A OCORRÊNCIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS..... | 106 |
| 4.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 110 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 116 |
| REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS..... | 122 |

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade foi introduzido no direito estadunidense em 1803, tendo como pressuposto teórico a tese¹ que atribuiu ao Poder Judiciário, alegadamente neutro, a possibilidade de invalidar opções políticas adotadas pelo Poder Legislativo ou Executivo que violem a Constituição Federal. Começa a ser desenvolvida, assim, a doutrina da supremacia judicial, em oposição a da supremacia parlamentar, então adotada pelo constitucionalismo europeu. Na sequência, foram elaboradas técnicas hermenêuticas² para a concretização desse mister e, posteriormente, um “novo” constitucionalismo,³ o neoconstitucionalismo,⁴ que conferiu status de norma jurídica à Constituição Federal e alargou, consideravelmente, a atuação do Poder Judiciário.

Essa expansão dos poderes judiciais é fenômeno mundial e peça fundamental dos debates constitucionais.⁵ Neal Tate e Torbjörn Vallinder bem analisam essa situação no célebre trabalho “The Global Expansion Of Judicial Power”, concluindo que “[...] for better or worse, the expansion of judicial power does appear to be a phenomenon that is real and that is shaping and will shape global politics and policy for the foreseeable future”,⁶ além de identificarem como causas o uso dos tribunais por grupos de interesse e

¹Em que pese a decisão da Suprema Corte de 1803, é necessário se ressaltar que, já naquela época, existiam precedentes tanto no direito inglês (Bonham's Case de 1610), quanto precedentes teóricos, como em Federalistas, nº 78, em que Alexander Hamilton expôs a tese em 1788. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27/28.

²A exemplo dos métodos jurídico ou hermenêutico-clássico (Savigny), tópico-problemático, hermenêutico-concretizado (Konrad Hesse) e normativo-estruturante (Müller).

³Acerca da origem do termo constitucionalismo: “O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega, por volta do século V a.C. As instituições políticas ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 32.

⁴Como características, pode-se mencionar: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da constituição; c) a força vinculante da Constituição; d) a sobreinterpretação da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; e f) a influência da Constituição sobre as relações políticas. MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21/22.

⁵ Na era pós-positivista, a teoria jurídica constitucional contemporânea se concentra principalmente na jurisdição.

⁶Tate, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds). **The Global Expansion Of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 515. Em tradução livre: “[...] para o bem ou para o mal, a expansão do poder judicial parece ser um fenômeno real e que está moldando e moldará a política e a política globais no futuro próximo.”

oposição, instituições ineficazes e a intencional delegação de questões controvertidas ao Poder Judiciário.⁷

Assim, a presente pesquisa tem como problema investigar a necessidade ou não de um intérprete final da Constituição Federal. Partindo dessa premissa, analisar-se-á, como hipóteses, se é justificável que o Poder Judiciário tenha a última palavra nesse mister ou se a função interpretativa também deve ser realizadas pelos demais Poderes e a sociedade civil, envolvendo uma efetiva e permanente interação.

Para tanto, considerando que as ideias constitucionais precisam ser compreendidas no ambiente histórico em que desenvolvidas, analisando-se fatores histórico-culturais e filosóficos-políticos, o primeiro objetivo específico será abordar a teoria da supremacia parlamentar e o surgimento do controle de constitucionalidade, que dá origem à supremacia judicial. Isso se faz necessário pois os sistemas europeu e americano representam os dois grandes paradigmas de justiça constitucional acolhidos em várias partes do mundo,⁸ com clara influência na jurisdição constitucional⁹ brasileira.¹⁰ Também é essencial a análise do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, porquanto introduziu a ideia de a verificação da (in)conformidade das leis ou atos normativos com a Constituição Federal ser realizada por apenas um Tribunal Constitucional, e não por todo e qualquer magistrado, e unicamente em abstrato. Com ele, iniciaram-se os debates na Europa, merecendo especial destaque o que envolveu Hans Kelsen e Carl Schmitt, este defendendo a supremacia do Executivo e aquele do Judiciário, porquanto é o evento que dá início à discussão acerca da justiça constitucional na Europa, com a sua reformulação após a segunda guerra mundial.

Feito isso, essencial também o levantamento da evolução histórica do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, por muitos considerado um dos

⁷ Tate, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds). **The Global Expansion Of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 528.

⁸ Acerca dessa importância, aduz Jiménez Asencio: “Las diferencias que hay entre el constitucionalismo británico, el constitucionalismo norteamericano y el constitucionalismo francés determinan rumbos distintos sobre qué deben hacer los jueces. Los caminos seguidos principalmente en Estados Unidos y Francia producen dos resultados distintos que interesa destacar.” ASENSIO, Rafael Jiménez. **El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional**. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2003. p. 93. Em tradução livre: “As diferenças entre o constitucionalismo britânico, Constitucionalismo americano e constitucionalismo francês eles determinam direções diferentes sobre o que os juízes devem fazer. Os caminhos seguidos principalmente nos Estados Unidos e na França produzem dois resultados diferentes que são interessantes de destacar”.

⁹ A jurisdição constitucional pode ser entendida como o conjunto de atividades desempenhadas por um ou mais órgãos judiciais com a finalidade de fiscalizar a observância e o cumprimento de normas e princípios constitucionais em vigor. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 892.

¹⁰ LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 11.

mais amplos do mundo,¹¹ bem como das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988, a fim de se compreender a importância e o seu papel no sistema jurídico brasileiro. Desde a criação do Supremo Tribunal Federal em 1828, diversas foram as mudanças na estrutura do controle de constitucionalidade, que culminaram com a atual Constituição Federal de 1988, que ampliou consideravelmente a possibilidade de controle e trouxe importantes avanços em relação aos modelos anteriores.

Após os apanhados histórico-culturais e filosóficos-políticos, para que se possa investigar a necessidade ou não de um intérprete final da Constituição Federal, necessário, como segundo objetivo específico, elaborar uma análise das capacidades institucionais dos Poderes Legislativos e Judiciário, explorando modelos típico-ideais do melhor e do pior, a exemplo do Juiz Hércules contra o legislador amoral e o legislador virtuoso contra o juiz político e ideológico ou sobrecarregado.

Nesse intento, ganha relevo a abordagem multidisciplinar de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule,¹² que discorrem acerca de dois pontos que deixaram de ser observados para fundamentar a resposta, notadamente as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos. As primeiras seriam as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições (Legislativo e Judiciário), ao passo que os segundos dizem respeito às consequências no tempo para atores públicos e privados de tipos variados.

No que diz respeito aos argumentos favoráveis à hipótese de ser o Poder Judiciário o intérprete final, destaca-se o aspecto contramajoritário da jurisdição, conceito desenvolvido por Ronald Dworkin¹³, e o insulamento do Poder Judiciário frente a círculos de pressão e, conseqüentemente, de poder que emanam da sociedade civil.

Por outro lado, embora se reconheça que o Poder Judiciário esteja melhor protegido contra a influência de grupos de interesses, tem-se cada vez mais defendido o fim da ideia de neutralidade dos julgadores.¹⁴ Além disso, as suas capacidades institucionais têm sido questionadas em razão das inúmeras competências atribuídas pela

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1058.

¹² SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 886. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em 11 nov. 2023. Em tradução livre: “A questão central não é ‘como, em princípio, um texto deve ser interpretado? Mas sim é ‘como deveriam certas instituições, com as suas distintas habilidades e limitações, interpretar certos textos?’”.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 03-39.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, p. 11-44, 1986. p. 24. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 05 mar. 2023.

Constituição Federal de 1988, que terminaram por tornar o Supremo Tribunal Federal não uma Corte Suprema, mas também uma Corte de Recursos. A título de exemplo, em 2022 cada Ministro proferiu, em média, 8,177 decisões.¹⁵ Na mesma linha, será realizado o exame das capacidades institucionais dos Poderes de tomarem decisões envolvendo temas técnicos ou de grande complexidade.

Adicionalmente, as capacidades institucionais para a tomada de decisões definidoras de desacordos morais será analisada. Aqui, a tese dos desacordos morais de Jeremy Waldron, que argumenta que os desacordos morais profundos entre pessoas e culturas são uma característica permanente da condição humana, é essencial para tanto.

Finalizando a abordagem proposta por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, cumpre analisar os efeitos sistêmicos das decisões tomadas pelo Poder Judiciário e Legislativo. Esses se referem aos impactos que as decisões podem ter sobre a sociedade civil, como forma de minimizar os riscos sistêmicos.

Feito isso, estando definidos os prós e contras e das capacidades institucionais e efeitos sistêmicos dos Poderes Judiciário e Legislativo para que exerçam a interpretação constitucional, a fim de se perquirir acerca da hipótese de a interpretação da Constituição Federal ser realizada por todos os Poderes e a sociedade civil, por meio de uma interpretação coordenada, entende-se já estar explícito o terceiro objetivo específico: a apresentação das teorias dos diálogos institucionais¹⁶, nascimento, conceituação e evolução.

O constitucionalismo dialógico surge como uma resposta ao impasse entre as teorias constitucionais excludentes da supremacia parlamentar e judicial, propondo maior cooperação e interação entre os poderes e a sociedade. Essa abordagem busca equilibrar a atuação dos atores constitucionais na interpretação e preservação da Constituição, ao invés de focar na supremacia de um único poder, promovendo assim uma convivência mais harmoniosa e democrática.

Para a devida abordagem, as teorias de diálogo são classificadas em internas, como virtudes passivas e minimalismo judicial, e externas, como o constitucionalismo popular. Essa classificação ajuda a construir um panorama abrangente e bem estruturado, permitindo uma compreensão mais aprofundada das diferentes abordagens e perspectivas em relação ao diálogo e suas implicações no contexto jurídico e constitucional.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de Atividades do STF de 2022**. Brasília: STF, 2023. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4806>. Acesso em: 27 jan. 2023.

¹⁶Será também utilizada a expressão diálogos constitucionais, como sinônimo.

Na sequência, será abordada a experiência canadense, que adotou um desenho institucional que visa criar um processo de elaboração compartilhada entre o Judiciário e outros atores constitucionais. Ao final, será analisado como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em relação a esse aspecto.

O produto científico resultante de toda a investigação é apresentado em três capítulos, que correspondem aos objetivos específicos descritos acima.

O primeiro capítulo aborda, em resumo, os modelos inglês e francês da supremacia parlamentar e os americano e austríaco de controle de constitucionalidade, que dão origem à supremacia judicial, suas evoluções e controvérsias. Ainda, traz o modelo brasileiro, histórico, formação e atuação do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988.

No segundo, serão analisadas as capacidades institucionais do Poder Judiciário e Legislativo, além dos efeitos sistêmicos advindos de suas tomadas de decisões.

No terceiro, as teorias dialógicas, a exemplo das virtudes passivas, minimalismo e constitucionalismo popular, para que possa se elaborar um panorama, com a análise da experiência canadense e do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

As considerações finais apresentam os resultados obtidos segundo os objetivos propostos, dos quais se espera extrair uma contribuição efetiva para a discussão acerca da necessidade ou não de um intérprete final da Constituição Federal.

O objetivo institucional da presente dissertação é a obtenção do título de mestre em Direito junto ao programa de pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, na área de concentração direito e na linha de pesquisa jurisdição constitucional e democracia.

Em termos metodológicos, a pesquisa se baseia no método dedutivo. A explicação técnica decorre do seguinte esquema: problema, hipótese e dedução de consequências observadas. O método de procedimento utilizado é o monográfico. Como instrumentos para realizar a investigação, operou-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em mecanismos normativos e fontes diversas, como livros de leitura corrente, publicações e periódicos.

Por fim, salienta-se que as categorias principais desta pesquisa serão conceituadas à medida que aparecerem e que as citações em outros idiomas serão apresentadas em tradução livre no rodapé e o original no corpo do texto.

2 DA SUPREMACIA PARLAMENTAR À SUPREMACIA JUDICIAL

O estudo da evolução da supremacia parlamentar e do controle de constitucionalidade, que dá origem à supremacia judicial, é fundamental para compreender a dinâmica política e jurídica dos Estados. A comparação entre esses dois institutos permite entender como o equilíbrio de poderes se desenvolveu ao longo do tempo e como isso afetou a proteção dos direitos humanos e da liberdade individual.

Além disso, tal conhecimento é importante para avaliar a efetividade das democracias e compreender como as mudanças políticas e sociais afetam o equilíbrio de poderes e como os sistemas políticos podem ser melhorados. Ao perceber como os poderes legislativo, executivo e judiciário se relacionam entre si, é possível identificar pontos fortes e fracos do sistema político e avaliar se as instituições estão funcionando de maneira efetiva para proteger os direitos e liberdades dos cidadãos.

2.1 SUPREMACIA PARLAMENTAR: OS MODELOS INGLÊS E FRANCÊS

As formas inglesa e francesa de pacificação de controvérsias entre a Constituição¹⁷ e as leis ordinárias remontam aos seus antecedentes históricos.

A soberania parlamentar inglesa¹⁸ tem como evento histórico a Magna Carta, assinada em 1215 pelo Rei João¹⁹ e considerada a base das liberdades inglesas, porquanto “[...] encerra uma época histórica e reabre uma outra, devendo ser entendida como a crisálida ou o modelo imperfeito das Constituições posteriores”.²⁰

Na sequência, é instituído o Conselho dos Barões (o grande conselho, convocado por Edward I, em 1295), que daria origem do Parlamento inglês.²¹ Com promulgação do *Bill Of Rights*, em 1689,²² ocorre o fim²³ do absolutismo e é instaurada a

¹⁷ O Reino Unido possui uma constituição não-escrita e a França uma escrita (1958).

¹⁸ Para o constitucionalismo que adota a soberania legislativa, o poder Legislativo é o único responsável pela invalidação das Leis. A separação dos poderes na Europa foi desenvolvida a serviço do legislador democrático, isto é, para se garantir o monismo do Poder Legislativo e o império da lei. LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 21.

¹⁹ Morreu em 19.10.1216, de uma indigestão causada por excesso de pessegos e de cidra.

²⁰ ALTAVILA, Jayme. **Origem Dos Direitos Dos Povos**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1989. p. 149.

²¹ Foi em 1295, presidido por Eduardo I, que o primeiro Parlamento se reuniu, ainda que não no formato do atual, cuja origem remonta a 1707, após a ratificação do Tratado da União.

²² Durante a Revolução Gloriosa, ocorrida entre 1688-1689, que fulmina por depor o Rei Jaime II e coroar, após a aceitação da Declaração de Direitos de 1689, que forma as bases ao Bill Of Rights, Guilherme III e Maria II, filha protestante de Jaime II.

²³ Com grande influência dos pensamentos liberais de John Locke. Os contratualistas (Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau) desenvolvem os pressupostos que fundamentaram um novo modelo

Monarquia Constitucional Britânica, com a previsão da separação de poderes, a qual conferiu papel de suma importância ao Parlamento Inglês, com as suas funções legiferante e de supervisão política do Poder Executivo.

Para essa corrente, “[...] instituída a apresentação por meio de eleições – a maior das virtudes se pode conceder a um homem –, o Parlamento passa a ser, finalmente, o verdadeiro corpo do povo”.²⁴ Em outras palavras: o povo reserva o seu poder ao parlamento, que possui um poder de resistência frente aos demais poderes. Assim, não se admite o controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, pois, na célebre frase de William Blackstone: “So long therefore as the English constitution lasts, we may venture to affirm, that the power of parliament is absolute and without control”.²⁵

Quanto à extensão da sua competência, imprescindível que se tenha em conta que, como bem ressaltou Orlando Bitar:

Releva, para evitar dúvidas, distinguir claramente: os tribunais ingleses têm ampla liberdade de interpretação dos “statutes”, que, como ensina a doutrina, são meras exceções à *commom Law* e como tais construídos restritivamente; ainda mais, o direito inglês, que assenta na teoria do precedente, é reconhecido como um ‘judge made law’ e as Cortes de Justiça gozam de grande desenvoltura na declaração da *rule of law*, expressão celebrizada por Dicey e sob cuja égide se resguardam os direitos postergados por infrações ao princípio da legalidade (*lato sensu*). Isso implica que a lei não é soberana? Falso. Tanto no sistema constitucional inglês, é realidade aquela soberania, que duas observações aqui são obrigatórias e convincentes: a) os tribunais ingleses não usufruem daquela prerrogativa excelsa dos tribunais norte-americanos de controlar, pelo exercício do *judicial review*, toda a vida social, política e econômica da Nação e, correlatamente: b) o Parlamento, a qualquer momento, poderá promulgar um ato que venha revogar um determinado precedente, por mais respeitável e vetusto.²⁶

de Estado, que tinha como objetivos, dentre outros, liberar o ser humano das desigualdades, da miséria e das injustiças, a partir de estudos acerca do estado de natureza, natureza humana e relações de poder existentes nesse estado primitivo.

²⁴ OSTRENSKY, Eunice. Soberania e representação: Hobbes, Parlamentaristas e *Levellers*. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, 80: 151-179, 2010. p. 155. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/h3DwH7Y8NQN7CtGJzfbGhgS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 dez. 2022.

²⁵ BLACKSTONE, William. **The Founder’s Constitution**. Chicago: University of Chicago. *np*. Disponível em <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch3s3.html>. Acesso em: 12 jan. 2023. Em tradução livre: “Enquanto durar a constituição inglesa, podemos nos aventurar a afirmar que o poder do Parlamento é absoluto e sem controle.”

²⁶ BITAR, Orlando. **Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 453.

Em que pese desde 1998 exista a declaração de incompatibilidade,²⁷ que surge com a aprovação do *Human Right Act*, pode-se afirmar que esse modelo clássico perdurou até 2009, quando foi instalada a Suprema Corte do Reino Unido (criada em 2005), independente do Legislativo e Executivo, porquanto até então cabia ao Comitê de Apelações da Câmara dos Lordes²⁸ julgar os principais processos em última instância.

Mesmo assim, atualmente a Supre Corte apenas pode editar uma declaração de incompatibilidade, não detendo, portanto, a última palavra no que diz respeito ao reconhecimento de inconstitucionalidades de lei, que permanece com o Parlamento.

Há, portanto, a partir de 2009, a adoção de um modelo impuro de controle,²⁹ que preserva a supremacia parlamentar, mas também a flexibiliza.

Já no que diz respeito ao modelo francês, afirma-se que o seu nascimento se dá com a primeira fase da revolução francesa (1789-1799), especialmente após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, publicada sem a sanção do rei, que se afirma que houve o óbito do antigo regime,³⁰ constituído pela monarquia e seus privilégios:

A grande diferença é que a Revolução Francesa, desde logo, apresentou-se não como a sucessora de um regime que desaparecia por morte natural, mas como a destruidora voluntária do regime antigo por morte violenta. E essa violência, doravante ligada quase que indissolavelmente à ideia de revolução, representou, sob muitos aspectos, ao longo da história, a negação dos direitos humanos e **da soberania popular, em cujo nome se abre o movimento revolucionário.**³¹ [destaque nosso]

²⁷Essa declaração de incompatibilidade é dirigida ao Governo, para que, querendo, proponha “a mudança legislativa; e o Parlamento decida (ponderando a conveniência e a oportunidade), a alteração ou, mesmo, a revogação do statute”, razão pela qual se tem afirmado que há um verdadeiro diálogo entre os Poderes, não nos moldes dos diálogos institucionais, mas próximo a isso. Próximo pois a declaração de incompatibilidade não tem como efeito o reconhecimento imediato da inconstitucionalidade, como ocorre com as decisões proferidas pelas Supremas Cortes em países que adotam algum dos modelos de controle de constitucionalidade. Ela apenas dá início a um rito para que seja, ou não, verificada a incompatibilidade., como se verá. Vide: REVERBEL. Carlos Eduardfo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: Controle de Constitucionalidade sem Constituição Escrita. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 9-29, 2015. p. 24.

²⁸Como se fosse o nosso Senado.

²⁹A expressão foi cunhada no artigo Constitutionalism and Trust in Britain:an Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model. BENDOR, Ariel L.; SEGAL, Zeev. Constitutionalism and Trust in Britain:an Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model. **American University International Law Review** **17**, n. 4, 2002. p. 683-722. Disponível em <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1224&context=auilr&httpsredir=1&referer=>. Acesso em: 25 dez. 2022.

³⁰No antigo regime, havia a divisão entre o rei, o símbolo do poder, o Primeiro Estado, composto pelo Clero, o Segundo Estado, composto pela nobreza, e o Terceiro Estado, composto pela população com pouco prestígio, também chamados de sans-cullotes.

Dentre as bases teóricas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi adotado o conceito de lei como expressão da vontade geral³² e desenvolvido um realinhamento dos conceitos³³ de Nação e Soberania,³⁴ reforçando a importância a Assembleia, sem prejuízo de, em seu artigo 16, afirmar que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.

Assim, formam-se as bases da supremacia parlamentar francesa, reforçada posteriormente com o Código Civil Napoleônico de 1804.³⁵ Na época, buscava-se “[...] transformar a sociedade civil, o Estado e as próprias pessoas, por meio de leis – leis essas que representavam a *volonté générale* a que se referia Rousseau, pois votadas pelos representantes do povo”.³⁶ Esse Código, obra da burguesia revolucionária, pretendia edificar uma sociedade baseada sobre os princípios da igualdade e da liberdade dos cidadãos. Daí por apenas o Poder Legislativo, composto dos representantes do povo, poderia invalidar as suas normas, como bem ressalta Orlando Bitar:

Eis o ponto de saturação que esperávamos: o Congresso está superior aos outros órgãos do Estado – Executivo e Judiciário e a lei paira na “cúpula da ordem jurídica”. O culto fanático da lei, no direito francês, só se pode comparar com o culto místico da constituição, no direito norte-americano e cada qual é símbolo de uma supremacia própria. O racionalismo dos filósofos da Revolução tudo planifica sob o domínio da lei e todos os males derivam de sua inobservância: para destruir os maus costumes, diz Condorcet, é preciso afastar sua causa. Qual é? Uma só – as leis más.³⁷

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 159

³² Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

³³ Vide: SIEYES, Emmanuel. **A Constituinte Burguesa: O que é terceiro estado?** 6. ed. São Paulo, Freitas Bastos, 2014.

³⁴ Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

³⁵ O Código Civil francês exerceu, durante muito tempo, uma função semiconstitucional, pois as estruturas jurídicas mais caras à sociedade burguesa estavam previstas e reguladas mais naquele código do que nas inúmeras constituições que a França teve. FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo**. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 198, p. 57-86, abr./jun. 2013. p. 71. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496956>. Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 198, p. 57-86, abr./jun., 2013. p. 63-64. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496956>. Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁷ BITAR, Orlando. **Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 459-460.

Ademais, os Juízes eram vistos como cúmplices do antigo regime e conhecidos como a nobreza de toga.³⁸

Já no que diz respeito à atividade interpretativa dos tribunais franceses e ingleses, havia uma grande diferença. Isso pois a Inglaterra adotou o *common law*, ao passo que a França o *civil law*. Daí por que a liberdade interpretativa nesta é mínima, tanto que a expressão “bouche de la loi”³⁹ foi cunhada logo após 1789.⁴⁰ À título de exemplo disso, menciona-se o *référé* legislativo, que vigorou até 1837 e impunha a obrigações de os Tribunais provocarem o Poder Legislativo com o objetivo de interpretar, de forma vinculante, o significado obscuro de uma lei.

Em 1958, pela Constituição da Quinta República, é criado o Conselho Constitucional,⁴¹ que tem como função fiscalizar a aplicação da Constituição, mas apenas de forma preventiva, isto é, antes da promulgação das leis.

Contudo, por meio da reforma constitucional francesa de 2008, que entrou em vigor em 2010,⁴² houve uma ampliação da competência do referido Conselho, com a previsão de um controle repressivo de constitucionalidade, por meio do incidente⁴³ questão prioritária de constitucionalidade, que pode ser suscitado em qualquer processo

³⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021. p. 20.

³⁹ Boca da Lei.

⁴⁰ Acerca do contexto histórico quando da criação da expressão, Guinchard aduz: “[O juiz boca da lei] é a expressão de um programa político ligado a um elemento subjetivo, o medo do juiz, e não um símbolo de uma reflexão abstrata sobre a função jurisdicional. É sintomático que o argumento do juiz “boca da lei” seja proferido toda vez que se trata de limitar o poder judiciário com relação a um passado, isto é, cada vez que se trata de proibir ao juiz qualquer ambição política. Embora façam de forma unânime o elogio de um poder judiciário com considerável influência, os constituintes deduzem sempre a importância de controlar, constranger “este poder terrível a fim de que ele não prejudique nem a liberdade política, nem a liberdade civil”. Segue-se então a enumeração de todas as questões a abordar a fim de bem organizar o poder judiciário, isto é, com o objetivo de constranger o juiz” GUINCHARD, Audrey *apud* ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. O poder nulo a superior: o Judiciário de Montesquieu, revisitado. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 2, p. 219-246, maio/ago., 2016. p. 227/228.** Disponível em https://www.academia.edu/37307410/DE_PODER_NULO_A_SUPERPODER_O_JUDICI%C3%81RIO_DE_MONTESQUIEU_REVISITADO. Acessado em 15 fev. 2023.

⁴¹ Órgão político, e não jurídico.

⁴² Artigo 61-1 da Constituição Francesa de 1958: Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de provocação do Conselho de Estado [Conseil d'Etat] ou da Corte de Cassação [Cour de Cassation]. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo. Disponível em https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁴³ Até abril de 2015 o Conselho Constitucional havia emitido 395 decisões, as quais se dividem em 56,2% de decisões de conformidade, 14,1% de decisões com reserva, 14,6% de decisões de não conformidade total, 9,3% de não conformidade parcial, 4,5% de decisões de arquivamento e 1,3% restantes são decisões relativas a aspectos procedimentais. Vide FERREIRA, Lívida da Silva. A questão prioritária de constitucionalidade do direito francês. **Teoria Jurídica Contemporânea**, 2:2, julho-dezembro, PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 174-202, 2022. p. 195. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/13057/10936>. Acesso em 23 nov. 2022.

judicial ou administrativo, desde que referente à violação direta de direitos e liberdades garantidos pelo texto constitucional.

Essa decisão tem efeitos *ex nunc*⁴⁴ e tem de ser observada pelos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais, conforme artigo 62 da Constituição Francesa.

Contudo, como o Conselho Constitucional francês é um órgão político,⁴⁵ composto por nove membros, cujo mandato dura nove anos e não é renovável, não se pode falar que a França passou adotar a supremacia judicial.

2.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (*JUDICIAL REVIEW*): OS MODELOS AMERICANO E AUSTRIACO

A análise histórica da *judicial review* é de extrema importância para compreender o papel desempenhado pelo Judiciário na interpretação da Constituição e das leis e do surgimento da soberania judicial. Através dela, pode-se verificar a evolução da prática da *judicial review* ao longo do tempo e como ela se relaciona com as mudanças políticas, sociais e culturais de cada época.

Antes, contudo, far-se-á uma observação imprescindível para o deslinde da presente dissertação. Soberania judicial e controle de constitucionalidade (*judicial review*) não são sinônimos, mas aquela surge com este. Apenas haverá soberania judicial quando a decisão proferida pelo Poder Judiciário, no que diz respeito à interpretação constitucional, apenas puder ser modificada por emenda constitucional. Isto é, para a

⁴⁴Restou adotada a teoria da anulabilidade, de Hans Kelsen, em que pese se admita a modulação de efeitos: Artigo 62º da Constituição Francesa: Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61 não pode ser promulgada ou executada. Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são susceptíveis de serem questionados. As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Disponível em https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁴⁵Artigo 56 da Constituição Francesa: O Conselho constitucional se renova por terços a cada três anos. Três dos membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado. O procedimento previsto no último parágrafo do artigo 13 é aplicável a essas nomeações. As nomeações efetuadas pelo presidente de cada assembleia ficam sujeitas unicamente ao parecer da comissão permanente competente da assembleia em questão. Além dos nove membros previstos acima, fazem legalmente parte do Conselho Constitucional os ex-presidentes da República em caráter vitalício. O presidente é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante no caso de empate. Disponível em https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

soberania judicial, a última palavra na interpretação da Constituição cabe ao Poder Judiciário.

Por terem o mesmo antecedente histórico, o contexto histórico pode fornecer uma compreensão mais profunda sobre o impacto da supremacia judicial e da *judicial review* na relação entre os poderes institucionais, especialmente no equilíbrio de poder entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo possível identificar padrões e tendências que ajudam a compreender a natureza e os impactos *delas* na sociedade.

2.2.1 O constitucionalismo estadunidense e a alternativa à supremacia parlamentar: a soberania judicial

O constitucionalismo norte-americano surge com a elaboração de um texto codificado, por meio de um poder constituinte originário, em 1787, podendo ser classificado como rígido e sintético, tendo como características, dentre outras, a superação do modelo monárquico, a previsão de uma federação e a implementação de um governo constitucional, fundado na separação dos poderes, na igualdade e na supremacia da lei.⁴⁶

Já no que diz respeito ao sistema jurídico americano, foi fundado na tradição do *common law*, conferindo aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito, de modo que a função do Poder Judiciário sempre foi tema de constante debate.⁴⁷

Nesse contexto, tida como a mais célebre decisão de todos os tempos,⁴⁸ é com o caso *Marbury vs. Madison*⁴⁹ que o papel do Poder Judiciário começa a ser redesenhado,⁵⁰ especialmente no que diz respeito à interpretação constitucional. Isso pois a constituição norteamericana não previa expressamente a competência da Suprema

⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 42.

⁴⁷Vide o Federalistas nº 78, de Alexander Hamilton.

⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996. p. 156.

⁴⁹O Congresso Americano havia promulgado uma lei ordinária (Judiciary Act) ampliando as competências constitucionais da Suprema Corte. Com base no Judiciary Act, Marbury, que havia sido nomeado Juiz pelo então Presidente John Adams, mas não teve ela efetivada pelo Presidente Thomas Jefferson, impetrou Mandado de Segurança na Suprema Corte, alegando que a nomeação deveria ser efetivada. A Suprema Corte, em que pese tenha entendido que Marbury deveria ser efetivado Juiz, disse não ter competência, pois uma lei ordinária (Judiciary Act) não pode ampliar as competências constitucionais da Suprema Corte. Ainda, na decisão foi dito que qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade de atos normativos que assim o fossem.

⁵⁰Nesse sentido: “Sendo o julgado Marbury v. Madison (1803), por assim dizer, a certidão de batismo da Corte Suprema e o início de sua influência na vida americana.”. RODRIGUES, Lêda Boechat Rodrigues. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 9.

Corte para julgar a constitucionalidade das leis, tendo o *Chief Justice* argumentado que essa competência seria uma decorrência lógica da supremacia da Constituição.

Para tanto, afirmou John Marshall:

É enfaticamente o campo e o dever do Poder Judiciário dizer o direito. Aqueles que aplicam a norma a casos concretos devem, por necessidade, esclarecer e interpretar essa norma. Se duas leis conflitam uma com a outra, as Cortes devem decidir pela sua aplicação. Então, se uma lei está em oposição à Constituição, se tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis ao caso concreto, logo a Corte deve decidir o caso em conformidade com a lei, contrariando a Constituição, ou conforme a Constituição, contrariando a lei, a Corte deve determinar qual das duas normas preside o caso. Essa é a essência do dever do Judiciário. Se, então, os Tribunais estão a considerar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, a Constituição, e não esse ato ordinário, deve presidir o caso onde as duas seriam aplicáveis.⁵¹

É, assim, a partir dela que o Judiciário estadunidense se define como o guardião e intérprete final da Constituição, passando, então, a averiguar a compatibilidade dos atos normativos produzidos pelos poderes públicos.⁵²

Há, nessa época, uma afirmação de uma democracia dualista norte-americana. Acerca desse tema, Bruce Ackerman aduz que ela “[...] busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo”.⁵³ Em outras palavras, a primeira é materializada na Constituição e suas emendas, ao passo que a segunda na

⁵¹ No original: “*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the Constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*” ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803). Disponível em: <http://http://constitution.org/1-Law/ussc/005-137a.txt>. Acesso em: 02 jun 2022.

⁵² Acerca da definição da *judicial review*, Larry Kramer: “Mas, quando surgem conflitos, nós – e por ‘nós’ eu quero dizer não apenas os membros da profissão jurídica, mas os líderes políticos e o público norte-americano também – presumimos que a Suprema Corte seja a responsável pela resolução final. É a Corte quem nos diz o significado da Constituição. Isto, em uma palavra, é o princípio da supremacia judicial”. KRAMER, Larry D. *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’*. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 86.

⁵³ ACKERMAN, Bruce *apud* LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 14.

legislação infraconstitucional. Assim, as cortes fortalecem o regime democrático, fazendo com que a primeira decisão não seja violada pela segunda.⁵⁴ Daí por que, para os dualistas, o *judicial review* não pode ser tido como antidemocrático.

Mas é imperioso afirmar que as bases para o controle de constitucionalidade já vinham sendo defendidas por Alexander Hamilton, no *Federalista Papers*⁵⁵ 78.⁵⁶ Ele dá início à sua argumentação afirmando que, ao se analisar os diferentes Poderes, perceber-se-á que o Judiciário, “[...] pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredilos ou violá-los”.⁵⁷ Argumenta isso em razão de que o Executivo possui a Espada e o Legislativo, além de controlar a bolsa (dinheiro) é quem prescreve os direitos e deveres da comunidade, inclusive o Judiciário necessitando “[...] do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos”.⁵⁸

Assim, além de ser necessário dotá-lo de meios de se defender dos ataques dos demais Poderes, Hamilton afirma que a liberdade geral do povo jamais poderá ser ameaçada a partir dele, que não detém a espada e a bolsa.⁵⁹

Essa introdução, que tenta passar a ideia de um Judiciário “inofensivo”,⁶⁰ é por alguns doutrinadores⁶¹ justificada como meio para se atingir este objetivo: estabelecer um

⁵⁴ LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 15.

⁵⁵ Reunião de textos escritos em Nova York por John Jay, James Madison e Alexander Hamilton, a partir de outubro de 1787, a fim de demonstrar a importância da Constituição e a necessidade de sua ratificação.

⁵⁶ Que tem o título Exame da organização do Poder Judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo.

⁵⁷ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 479.

⁵⁸ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480.

⁵⁹ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander. JOHN, Joy. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480.

⁶⁰ O autor ainda cita Montesquieu, que disse que o judiciário é quase nada, para dar azo à sua argumentação.

⁶¹ “The Antifederalists, opposed to the draft constitution, took a more realistic view of judicial power. In the ‘Anti-Federalist Papers, Letter XI from ‘Brutus’ worried that judicial review at the national level would weaken the powers of the states, Congress, and the president. Any errors committed in federal courts could not be ‘corrected by any power above them, if any such power there be.’ From the decisions of the federal courts there appeared to be ‘no appeal’ other than to the Supreme Court. The impeachment power, Brutus said, would be an unlikely check on judicial power.” Em tradução livre: “Os antifederalistas, contrários ao projeto de constituição, adotaram uma visão mais realista do poder judicial. Nos Documentos Antifederalistas, a Carta XI de ‘Brutus’ temia que a revisão judicial em nível nacional enfraquecesse os poderes dos estados, do Congresso e do presidente. Quaisquer erros cometidos em tribunais federais não poderiam ser ‘corrigidos por qualquer poder acima deles, se houver tal poder’. Das decisões dos tribunais federais parecia não haver ‘recurso’ além do Supremo Tribunal. O poder de impeachment, disse Brutus, seria um obstáculo improvável ao poder judicial.” FISHER, Louis. **On the Supreme Court: without illusion and idolatry**. New York: Routledge, 2016. p. 08.

Poder Judiciário com jurisdição federal⁶² e que tenha como atribuição dar a palavra final acerca da interpretação constitucional.

Na sequência, vale-se de argumentos políticos ao afirmar que “[...] a interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais”,⁶³ bem como sustenta que, por ser a Constituição uma lei, cabe aos juízes definir o seu significado e que os tribunais foram concebidos como intermediários entre o povo e o legislativo, tendo, dentre outras atribuições, o dever de manter este dentro dos seus limites⁶⁴.

Já no *Federalista Papers* 80, que tem o título “maior exame do Poder Judiciário no tocante à extensão dos seus poderes”, Hamilton começa afirmando que deve sempre haver um método constitucional de dar eficácia aos dispositivos constitucionais que impõem restrições aos Poderes Legislativo e Executivo. E, para ele, não há outra solução a de que esse controle ser realizado por um Poder distinto, notadamente o Judiciário⁶⁵: “controvérsias entre a nação e seus membros ou cidadão só podem ser apropriadamente remetidas aos tribunais nacionais”.⁶⁶

Assim, rememora a argumentação exposta no *papers* 78, de que numa Constituição limitada,⁶⁷ essas limitações apenas podem ser preservadas pelos Tribunais, “[...] cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição”,⁶⁸ evitando que os demais Poderes sejam os seus próprios juízes.

E arremata a questão da interpretação constitucional com este trecho, que bem pode ser tido como uma síntese do seu pensamento:

Pode-se observar, finalmente, que o suposto perigo de usurpações da autoridade legislativa pelo pelo judiciário, reiterado em muitas ocasiões, é na realidade um fantasma. De vez em quando poderão ocorrer certos erros de interpretação, ou deturpações da vontade do legislativo, mas nunca de modo tão considerável a ponto de constituir um transtorno ou de afetar em grau sensível a ordem do sistema político. Isto pode ser inferido com segurança da natureza

⁶² Havia muita resistência quanto a isso, especialmente se levamos em conta que se estava formando uma federação. O *Federalista papers* 78 é uma resposta a essas argumentações, inclusive.

⁶³ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas**: 1787 – 1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 481.

⁶⁴ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas**: 1787 – 1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 481.

⁶⁵ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas**: 1787 – 1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 488.

⁶⁶ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas**: 1787 – 1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 488.

⁶⁷ Que para o autor é aquela que limita poderes.

⁶⁸ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas**: 1787 – 1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480.

geral do poder judiciário, (...) da sua fraqueza e de sua total incapacidade de garantir usurpações por meio da força.⁶⁹

Ao final, menciona que o importante controle constitucional do *impeachment*, conferido ao Senado em face dos membros do Poder Judiciário, é por si só “[...] uma garantia completa. Nunca haverá perigo de que juízes se arrisquem a provocar (...) o ressentimento desse corpo enquanto o mesmo detiver meios de removê-los”.⁷⁰

Feitas essas considerações, ainda é de se ressaltar que, enquanto os movimentos revolucionários europeus supra se voltaram em face da monarquia absolutista,⁷¹ o americano se deu em face das leis que impunham excessivos ônus às ex-colônias.⁷² A autoridade legislativa, então, era a mais temida, ao contrário dos movimentos revolucionários europeus. Essa fato é um fato, senão o principal, que fez com que se admitisse a possibilidade do controle de constitucionalidade, dando origem à supremacia judicial.⁷³

E essa relação de contexto histórico, inclusive com uma interpretação diferente do princípio da separação dos poderes, é bem ressaltada por Marco Feoli Villalobos:

La concepción acerca de la división de poderes y las relaciones entre los diferentes órganos estatales. De esta forma en Estados Unidos los llamados a controlar que la legislación secundaria se ajustara a las disposiciones constitucionales fueron los jueces – control que nace no de una disposición legal sino, casualmente, de una sentencia, el célebre caso Marbury vrs. Madison. En la Europa continental se entendió que, al ser el pueblo el soberano, nada podría oponerse a la voluntad del legislador expresada em la ley. El juez, a su vez, se entendió como un siervo de la ley.⁷⁴

⁶⁹ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 496.

⁷⁰ MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 496.

⁷¹ Daí por que o poder mais temido era Executivo, além de os juízes serem vistos como cúmplices do antigo regime. Logo, conferiu-se maiores poderes ao Legislativo.

⁷² Mencionam-se os seguintes eventos: Lei do selo, em 1765 (taxação de jornais, documentos e outros itens, para que fosse financiada a defesa das colônias), Massacre de Boston (após a revogação da lei do selo, foram instituídas tarifas em relação às importações das colônias. Isso gerou uma reação violenta em Boston, com 05 mortos), em 1770, e a festa do chá de Boston (protesto ao monopólio do chá concedido à Companhia das Índias Orientais), em 1773.

⁷³ LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 18.

⁷⁴ VILLALOBOS, Marco F. Feoli. De la justicia constitucional o las justicias constitucionales: la contribución de América Latina (los casos de Colombia y Costa Rica). **XIV Encuentro de latinoamericanistas españoles**, Santiago de Compostela, p. 2.094-2112, set., 2010. p. 2097-2098. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531530>. Acesso em: 04 jan. 2023. Em tradução livre: “A concepção sobre a divisão de poderes e as relações entre os diferentes órgãos do Estado. Assim, nos Estados Unidos, os juízes eram chamados a controlar a conformidade da legislação secundária com os dispositivos constitucionais – controle que não nasceu de um dispositivo legal, mas, coincidentemente, de

Estabelecido isso, necessário se ressaltar que, acerca do controle de constitucionalidade, de onde se extraiu a competência da Suprema Corte para invalidar atos e normas dos demais poderes que violem a Constituição Federal, para a supremacia judicial, apenas uma emenda constitucional pode alterar um julgamento do Poder Judiciário, e desde que não viole uma cláusula pétrea. Assim, o Poder Legislativo, na sua atividade de legislador ordinário, tem de observar a interpretação constitucional da Suprema Corte, não podendo editar norma que vá de encontro a ela, salvo, como dito, emenda constitucional.⁷⁵

2.2.1.1 A evolução da atuação da Suprema Corte e da soberania judicial americana

Dentre os julgados iniciais, pode-se ressaltar *Dred Scott vs. Sandford* (1857)⁷⁶, quando se entendeu que pessoas de ascendência africana, sejam imigrantes ou seus ascendentes, não eram cidadãos, na acepção constitucional do termo, *Plessy vs. Ferguson* (1896),⁷⁷ oportunidade na qual se considerou válida lei estadual da Louisiana que impedia negros e brancos de viajarem no mesmo vagão de trem, e a decisão proferida em *Lochner vs. New York* (1905),⁷⁸ tendo a Suprema Corte considerado inconstitucionais, por violarem a liberdade de contratar, normas que interferissem nas relações de trabalho, estabelecendo direitos sociais, como jornada máxima de trabalho ou salário-mínimo. Nota-se, aqui, um claro caráter conservador dessas decisões.

No século que segue, há uma afirmação e aprimoramento do *judicial review*, com o modelo austríaco, no ano de 1920, que, diferentemente do modelo norte-americano, conferiu o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional.⁷⁹ Hans Kelsen foi o idealizador desse modelo.⁸⁰

Contudo, é após a segunda Guerra Mundial que o controle de constitucionalidade entra em forte ascensão, não apenas nos Estados Unidos, mas na

uma sentença, o famoso caso *Marbury vrs. Madison*. Na Europa continental entendia-se que, sendo o povo o soberano, nada poderia se opor à vontade do legislador expressa na lei. O juiz, por sua vez, entendia-se como servidor da lei."

⁷⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 19-27.

⁷⁶ *Scott vs. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

⁷⁷ *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷⁸ *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1057.

⁸⁰ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Europa, especialmente com a Constituição de Bonn (1949), dotada de inúmeras cláusulas intangíveis, e das Constituições programáticas portuguesas (1976) e espanhola (1978).

Como julgados dessa época, mencionam-se *Brown vs. Board of Education* (1954)⁸¹, histórica decisão que determinou que crianças negras e brancas pudessem frequentar as mesmas escolas públicas, terminando com a doutrina dos iguais, mas separados. Ainda, *Gideon vs. Wainwright* (1963),⁸² quando assegurado o direito de qualquer réu em processo penal ter um advogado, bem como *Miranda vs. Arizona* (1966),⁸³ que deu origem ao “aviso de Miranda”, sendo nula a confissão se o flagrado não tiver sido informado do seu direito constitucional de ter um advogado, de permanecer em silêncio e do fato de que tudo o que disser poderá ser usado contra ele em Juízo.

Isso levou Alexander Bickel, em 1896, a afirmar: “The least dangerous branch of american government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known”.⁸⁴

Outro julgamento histórico em matéria de devido processo legal substantivo e igualdade perante a lei foi o que assegurou o casamento entre pessoas do mesmo sexo (*Obergefell vs. Hodges*, 2015⁸⁵).

Recentemente, temos *Mahanoy Area School District vs. B.L.*⁸⁶ Brandi Levy tinha 14 (quatorze) quatorze anos de idade e acabado de entrar no ensino médio de uma *High School* na Pennsylvania. Após não ter sido selecionada para a equipe de *cheerleader*, postou no Snapchat: “fuck school, fuck cheer, fuck softball, fuck everything”,⁸⁷ com uma foto sua, erguendo o dedo médio. Ela foi suspensa das atividades esportivas da escola por um ano. A Suprema Corte entendeu que a punição violou o direito de liberdade de expressão da estudante, pois a escola, na situação particular, não estava in *loco parentis*, isto é, na posição de substituir o comando disciplinar dos pais. Ao final, afirmou que apenas em situações que afetem gravemente o ambiente escolar (como assédio, bullying ou ameaças), os estudantes podem ser responsabilizados por suas palavras em redes sociais, o que não era o caso.

⁸¹*Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁸²*Gideon vs. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

⁸³*Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁸⁴BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres: Yale University Press, 1986. p. 1. Em tradução livre: “O ramo menos perigoso do governo americano é o tribunal de justiça mais extraordinariamente poderoso que o mundo já conheceu”.

⁸⁵*Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

⁸⁶*Mahanoy Area School District vs. B.L.*, 594 U.S. (2021).

⁸⁷Em tradução livre: “Foda-se a escola, foda-se a líder de torcida, foda-se o softball, foda-se tudo”.

Ainda, em *Americans for Prosperity Foundation vs. Bonta* (2021)⁸⁸ foi decidido que é inconstitucional uma lei estadual da Califórnia que determinava que organizações privadas sem fins lucrativos informassem ao Procurador Geral de Justiça do Estado os nomes e endereços dos seus maiores doadores, com a finalidade de evitar possíveis fraudes. A votação foi de 6 a 3, mantendo a posição (conservadores vs. Liberais).⁸⁹

Esse foi o mesmo placar no caso *Dobbs vs. Jackson* (2022),⁹⁰ que derrubou o precedente de *Roe vs. Wade*⁹¹ (1973).⁹² Nele, a Suprema Corte decidiu a favor da proibição do aborto no Mississippi após 15 semanas de gestação, revertendo o precedente no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Constituição dos Estados Unidos deveria proteger a liberdade individual das mulheres grávidas e de garantir-lhes a opção de fazer um aborto sem alguma restrição governamental, revogando diversas normas proibitivas.

Em outro caso de grande repercussão (*New York State Rifle & Pistol Association vs. Bruen* – 2022⁹³), também por 6 a 3, foi decidido que os americanos cumpridores da lei têm o direito de portar armas de mão fora de casa para autodefesa sem autorização específica. A opinião majoritária considerou inconstitucional uma lei de Nova York que exigia uma necessidade especial de portar arma e colocou em risco leis semelhantes em Maryland, Califórnia, Nova Jersey, Havaí e Massachusetts.

E a impossibilidade de o legislador ordinário reverter a interpretação constitucional dada pela Suprema Corte restou assentada no julgamento *City of Boerne vs. Flores*,⁹⁴ em que se analisou a constitucionalidade de uma lei que tinha como objetivo afastar o precedente fixado em *Employment Division, Department of Human Resource of Oregon vs. Smith*.⁹⁵

No julgado, entendeu-se que a lei seria inconstitucional, na medida em que foi extrapolada a competência do Congresso Nacional de editar leis com o escopo de dar cumprimento a direitos individuais, visto que, no que diz respeito à liberdade religiosa, a

⁸⁸*Americans for Prosperity Foundation vs. Bonta*, 594 U.S. (2021).

⁸⁹Atualmente, liberais: Sonia Sotomayor, Elena Kagan, Ketanji Brown Jackson. Conservadores: John Roberts (Chefe de Justiça), Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett.

⁹⁰*Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, 19-1392, 597 U.S. (2022).

⁹¹Por sete a 2, os Juízes decidiram que os governos não tinham o poder de proibir o aborto e que o direito da mulher de interromper sua gravidez era protegido pela Constituição.

⁹²*Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁹³*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. (2022).

⁹⁴*City of Boerne vs. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

⁹⁵*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

Suprema Corte já havia definido os seus contornos e a nova norma ia de encontro à referida decisão.

Nota-se, portanto, que a Suprema Corte adota o modelo da supremacia judicial.

Vivemos, assim, uma era de expansão global do Poder Judiciário,⁹⁶ de modo que, para a supremacia judicial, na célebre frase do Juiz Charles Evan Hughes, “[...] a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é, e o Judiciário é a salvaguarda da liberdade e da propriedade nos termos da Constituição”.⁹⁷ E, além disso, o entendimento só pode ser alterado pela Corte ou por um processo legislativo de emenda constitucional.⁹⁸

Assim, existem apenas duas formas de superar (overruling) a interpretação da Corte Constitucional: a) ela modifica o entendimento ou b) o legislador emenda a Constituição, alterando o parâmetro utilizado anteriormente.⁹⁹

E acerca da vinculatividade, aduz Mark Victor Tushnet:

Strong-form systems of judicial review have two elements: First, judicial review is comprehensive so that judges with the power to determine constitutionality have the power to determine the constitutionality of every (or nearly every) action by the legislature and the executive. Second, judicial review is binding on all branches, in the sense that nonjudicial actors feel a duty to conform their action to the constitutional interpretations offered by the courts even when the nonjudicial actors are not immediately subject to coercive sanctions from the courts.¹⁰⁰

⁹⁶ Expressão cunhada no livro **The Global expansion of judicial power**. TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. Nova York: New York University Press, 1995.

⁹⁷HUGHES, Charles Evan. **Addresses and Papers of Charles Evans Hughes**. Londres: Forgotten Books, 2013. p. 137. No original: “[...] the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution”.

⁹⁸ Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's 2.797 e 2.860.

⁹⁹SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Weak and Strong Judicial Review. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 4, p. 381-392, 2003. p. 381-385. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3505113>. Acesso em: 23 dez. 2022.

¹⁰⁰TUSHNET, Mark Victor. Marbury v. Madison Around the World. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Georgetown, vol. 71:251, p. 251-274, 2004. p. 260. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1246&context=facpub>. Acesso em: 21 jun 2022. p. 260. Em tradução livre: Os sistemas de revisão judicial de forma forte têm dois elementos: primeiro, a revisão judicial é abrangente, de modo que os juízes com o poder de determinar a constitucionalidade tenham o poder de determinar a constitucionalidade de todas (ou quase todas) ações do legislativo e do executivo. Em segundo lugar, a revisão judicial é obrigatória para todos os ramos, no sentido de que os atores não judiciais sentem o dever de conformar sua ação às interpretações constitucionais oferecidas pelos tribunais, mesmo quando os atores não judiciais não estão imediatamente sujeitos a sanções coercitivas dos tribunais.

Também em *United States vs. Eichman*¹⁰¹ foi reafirmada¹⁰² a supremacia judicial. Em 1989, por 05 (cinco) votos a 04 (quatro), no caso *Texas vs. Johnson*¹⁰³ a Suprema Corte entendeu que a liberdade de expressão não abrange apenas palavras ou textos, mas condutas, de modo que foi mantida a absolvição de *Johnson*, que queimou uma bandeira dos Estados Unidos durante uma manifestação política. Assim, foi declarado inconstitucional um dispositivo do código penal do Texas. Como reação a essa decisão, o Congresso Nacional aprovou a *Flag Protection Act*, tornando crime o vilipêndio à bandeira nacional. Então, em *United States vs. Eichman* foi reconhecida a inconstitucionalidade da *Flag Protection Act*, porquanto a Suprema Corte já havia afirmado que tal conduta estava abarcada pela liberdade de expressão.

Outrossim, temos casos de reversão de julgados da Suprema Corte por meio de emendas constitucionais, o que é autorizado, como já dito. Aqui, menciona-se a décima quarta emenda,¹⁰⁴ que estabeleceu a cidadania nacional para todos os nascidos e naturalizados nos Estados Unidos. Ela é uma clara reação ao julgado *Dred Scott vs. Sandford* (1857), que entendeu que pessoas de ascendência africana, sejam imigrantes ou descendentes, não estavam protegidas pela Constituição Federal e nunca poderiam se tornar cidadãs, além de entender que o Congresso Nacional não tinha autoridade para vedar a escravidão nos então territórios federais da União.

Por fim, deve ser ressaltado que apenas se admite no direito estadunidense a declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativas no caso concreto, em um processo subjetivo, diferentemente do modelo austríaco, que se passará a analisar.

¹⁰¹United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

¹⁰²Há outros julgados, a exemplo de *Dickerson vs. United States*, além dos citados, que são os paradigmáticos.

¹⁰³Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

¹⁰⁴Eis o seu texto: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou fará cumprir qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis”. Disponível em <http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>. Acesso em: 28 dez. 2022.

2.2.2 O modelo austríaco de controle de constitucionalidade

O modelo austríaco tem como idealizador Hans Kelsen¹⁰⁵ e, diferente do americano, a verificação da (in)conformidade das leis ou atos normativos com a Constituição Federal deve ser feita por apenas um Tribunal Constitucional, e não por todo e qualquer magistrado, e unicamente em abstrato. Esse modelo foi adotado pela Constituição da Áustria de 1920,¹⁰⁶ com a criação de um Tribunal Constitucional. Kelsen foi nomeado Juiz desse tribunal em 1920.

Um dos pressupostos para que Kelsen entendesse inadequado o controle difuso era que “[...] a falta de uniformização em questões de constitucionalidade era grande demais”,¹⁰⁷ razão pela qual se tornava imprescindível “[...] “uma centralização da revisão judicial da legislação”.¹⁰⁸

Outro ponto de divergência do sistema americano diz respeito aos efeitos da sentença que pronuncia a inconstitucionalidade. Enquanto naquele ela produz efeitos *ex tunc*, neste último *ex nunc*, sendo isso um claro resquício e deferência à supremacia parlamentar: “enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo”.¹⁰⁹

Ainda, Kelsen via a atuação do Tribunal Constitucional como um “legislador negativo”, porquanto deveriam ser excluídos do julgamento fatos e interesses concretos. Ainda, princípios constitucionais abertos não deveriam ser utilizados como parâmetro, mas apenas regras constitucionais.¹¹⁰ Em outras palavras: o juízo de compatibilidade de

¹⁰⁵George Jellinek, seu mentor, e Karl Renner, líder do Partido Social-Democrata, também tiveram participação. Foi Karl Renner, Chanceler à época, quem confiou a Kelsen a tarefa de redigir os vários projetos constitucionais. Ainda, em seu discurso de 30.10.1918 perante a Assembleia Nacional Provisória Austríaca, assim declarou: “Atualmente não temos a possibilidade de criar um tribunal estatal com todas as garantias de apartidarismo e objetividade judicial. Nos confiaram temporariamente para esta função uma comissão desta Assembleia composta por 20 membros.[...] Posteriormente, em um não muito distante futuro, iremos visitar este ponto e em vez de um tribunal estatal teremos um tribunal constitucional (Verfassungsgerichtshof) que irá se ocupar não só com a proteção dos cidadãos, mas também com as disposições do Estado, a liberdade de voto e o nosso direito público.” RENNEN, Karl *apud* LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 258-277, jan./abr., 2021. p. 260. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2185>. Acesso em 11 out. 2022.

¹⁰⁶Art. 138:

1. - O Tribunal Constitucional pronuncia-se sobre conflitos de competência:

2. Além disso, o Tribunal Constitucional determina, a pedido do Governo Federal ou do Governo do Estado, se um ato legislativo ou de execução é da competência da Federação ou dos *Laender*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/97944/constituicao-da-austria-de-1920-reinstaurada-em-1945-revisada-em-2013>. Acessada em 29 dez. 2022.

¹⁰⁷HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 303.

¹⁰⁸HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 304.

¹⁰⁹HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305-306.

¹¹⁰HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 308-310.

leis aos princípios constitucionais deve ser realizado pelo Legislativo; o de leis a normas constitucionais, pelo Judiciário. Como se vê, essa construção europeia, que sempre adotou a supremacia parlamentar, ainda guardava resquícios dela.

E é por isso que se afirma que é apenas com o constitucionalismo pós-guerra que se alterou de fato o paradigma,¹¹¹ como visto pelas mudanças na Inglaterra e França, quando há a superação do modelo positivista-liberal, com o neoconstitucionalismo.

2.3 CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL: O DEBATE DE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

Com a quebra do paradigma da supremacia parlamentar, que se dá com o surgimento do controle de constitucionalidade e da adoção da supremacia judicial nos Estados Unidos e, posteriormente, na Áustria, um dos principais debates¹¹²¹¹³ acerca de quem deve ser o guardião da Constituição Federal foi travado por Carl Schmitt e Hans Kelsen, durante e ao final da república de Weimar.¹¹⁴ Enquanto aquele entendia que devia ser o Poder Executivo, para este seria o Judiciário.

Antes de qualquer consideração, deve ser ressaltado que Carl Schmitt era, à época, um dos maiores críticos¹¹⁵ ao Estado Liberal¹¹⁶ de direito, de modo que é de uma

¹¹¹SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 110/111.

¹¹²Estes são os textos que geraram o debate: De Carl Schmitt: *Der Hüter der Verfassung* (4. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 1996), cuja edição original é de 1931 (Utilizou-se a tradução espanhola: SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983); De Hans Kelsen: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz, Band VI* (1930/1931), Berlin/Grunewald, Dr. Walter Rothschild, 1930-1931, p. 576-628 (Também se utilizou da tradução espanhola: KELSEN, Hans. *Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995).

¹¹³ E acalorado, como se pode notar deste trecho: “Uma vez que Schmitt dá um valor tão particular à comprovação de que a assim chamada jurisdição constitucional não é de fato jurisdição, seria de esperar dele uma definição clara e precisa desse último conceito. Essa expectativa, porém, infelizmente é frustrada. O que ele apresenta como definição de jurisdição é mais do que escasso, e acaba sendo substancialmente um retorno a concepções já há muito reconhecidas como errôneas.” KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 253.

¹¹⁴ 1918 a 1933.

¹¹⁵ Conforme trecho que segue: “En semejante situación, la no intervención no es otra cosa que una intervención a favor de los que en aquel momento son superiores y más desaprensivos, circunstancia que una vez más patentiza la verdad escueta del principio, tan paradójico en apariencia, que Talleyrand formuló para la política exterior: La no intervención es un concepto difícil; significa aproximadamente lo mismo que la intervención.” Em tradução livre: “Em tal situação, a não intervenção nada mais é do que uma intervenção a favor daqueles que naquele momento são superiores e mais sem escrúpulos, uma circunstância que mais uma vez mostra a pura verdade do princípio, de aparência tão paradoxal, que Talleyrand formulou para o política externa: a não intervenção é um conceito difícil; Isso significa quase o mesmo que a intervenção.” SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 140.

¹¹⁶ Este trecho, do prólogo, de Pedro de Vega García é esclarecedor: “Por paradójico que pueda parecer, y a pesar de ser Carl SCHMITT uno de los más inteligente y poderosos críticos del Estado Liberal de derecho, sus obras fundamentales en materia constitucional, difundidas en España en la época republicana, fueron relegadas al olvido a lo largo de la etapa franquista.” Em tradução livre: “Por mais paradoxal que pareça, e

leitura crítica do Estado de Direito e da democracia parlamentar,¹¹⁷¹¹⁸ que apoiam, para o autor, a legitimidade e funcionalidade da política liberal e a sua concepção constitucional, que ele parte para proceder à sua teoria.

Além disso, deve-se levar em conta que, na Europa, as Constituições irromperam dentro de uma sociedade social, econômica e ideologicamente dividida, na qual a burguesia pretendia introduzir um sistema de valores que rompia com a concepção do mundo aristocrático feudal do antigo regime. E essa tenção aristocracia-burguesia fazia com que os ataques à Constituição fossem políticos, não jurídicos.¹¹⁹ Isso pois, para Carl Schmitt, estabelecer quando na prática política os desvios de um modelo teórico ultrapassam o limites de legitimidade equivale a fazer julgamentos políticos e não de juízes¹²⁰ (juízos de subsunção).

Assim, apenas em um Estado Judicialista (Justizstaat) se poderia ter como aceitável que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais, que não deve tomar decisões políticas, porque estaríamos diante não da judicialização da política, mas da politização da justiça¹²¹:

Quando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad.¹²²

apesar de ser Carl SCHMITT um dos críticos mais inteligentes e poderosos do Estado Liberal direito, suas obras fundamentais em matéria constitucional, difundidas na Espanha durante a era republicana, foram relegados ao esquecimento a época franquista.” Vide, também: ARRUDA, José Maria. Paradoxos da democracia no liberalismo: críticas à concepção liberal de Estado de Direito a partir de Carl Schmitt. **Periódicos da Universidade Federal da Paraíba**, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problematas/article/view/10371/5748>. Acesso em: 06 out. 2022.

¹¹⁷ Esta frase é o exemplo: “la ficción normativista de un cerrado sistema de legalidad en perentoria y flagrante contradicción con la legitimidad de una voluntad legítima realmente existente” Em tradução livre: “A ficção normativa de um sistema de legalidade em peremptória e flagrante contradição com a legitimidade de uma vontade legítima realmente existente”. SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 13.

¹¹⁸ Carl Schmitt esteve pessoalmente envolvido na construção da tese do Präsi-dialregierung, do “governo presidencial”, que, a partir de dezembro de 1929, toma corpo na Presidência do Reich.

¹¹⁹ SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 17.

¹²⁰ SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 125-127.

¹²¹ SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 22.

¹²² SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 124. Em tradução livre: “Quando se insiste que a Constituição de Weimar é uma decisão política do povo alemão unificado, como titular do poder constituinte e que, em virtude desta decisão, o Reich alemão é uma democracia constitucional, a questão relativa ao protetor da Constituição pode se resolver de outra maneira que mediante uma ficticia judicialidade”

Ainda, sustentava que a determinação precisa de um conteúdo de preceito constitucional duvidoso quando ao seu conteúdo é uma questão de legislação constitucional (política), e não de justiça.¹²³

Daí por que, com base na tese¹²⁴ do poder neutro de Benjamin Constant, ele aduzia que o artigo 48¹²⁵ da Constituição de Weimar conferiria ao presidente do Reich poderes excepcionais na guarda da Constituição. Contudo, é de ser ressaltado que isso apenas era admitido em situações constitucionais de crise.¹²⁶ Em tempos de normalidade, isso seria vedado¹²⁷.

Por outro lado, Hans Kelsen, que colaborou na redação da Constituição da Áustria de 1920, reconhecia como guardião da Constituição o Tribunal Constitucional, tendo proposto a criação de um órgão judicial de controle concentrado da constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo. Sustentava que caso se deva criar “[...] uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados”.¹²⁸

Em razão disso, afirmou que ninguém pode ser juiz em causa própria e que a tentativa de deixar ao Poder Executivo esse papel nada mais era do que a tentativa de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional ou para a república.¹²⁹ Isso pois a Constituição tem um caráter dualístico: dividir o poder político dos dois polos (executivo e

¹²³SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 77-90.

¹²⁴ O constitucionalista suíço Benjamin Constant (1767-1830) elaborou a tese do Poder Neutro: concebido como um poder intermédio entre os poderes legislativo e executivo e que se destinava tanto a evitar que um invadisse o campo do outro como que os dois se paralisassem mutuamente.

¹²⁵ No original: Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. Tradução livre: No caso de um Estado não cumprir os deveres impostos a ele pela Constituição do Reich ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode fazer uso das forças armadas para obrigá-lo a fazê-lo. Disponível em: [https://stringfixer.com/pt/Article_48_\(Weimar_Constitution\)](https://stringfixer.com/pt/Article_48_(Weimar_Constitution)). Acesso em: 26 jul. 2022.

¹²⁶SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983. p. 63.

¹²⁷Alexander Bickel possui um trecho que também vai no sentido da tese de Schmitt: “The case can be constructed where the conflict between a statute and the Constitution is self-evident in accordance with Marshall's general assumption. Even so, Marshall offers no real reason that the Court should have the power to nullify the statute. The function in such a case could as well be confided to the President, or ultimately to the electorate.” Em tradução livre: O caso pode ser construído onde o conflito entre um estatuto e a Constituição é auto-evidente de acordo com a suposição geral de Marshall. Mesmo assim, Marshall não oferece nenhum motivo real para que a Corte tenha o poder de anular a lei. A função, nesse caso, também poderia ser confiada ao presidente ou, em última análise, ao eleitorado.”. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres: Yale University Press, 1986. p. 4.

¹²⁸KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 239-240.

¹²⁹KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

legislativo). E, na hipótese de um desses polos cometer uma violação constitucional, a decisão deve estar a cargo de uma terceira instância, fora desse antagonismo.¹³⁰

Já no que diz respeito à alegação de que apenas a atividade legislativa seria política, Kelsen ressaltava que ela é “[...] tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva”¹³¹ e que entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, e não qualitativa.¹³²

Por fim, Kelsen refuta a alegação de que a determinação precisa de um conteúdo de preceito constitucional duvidoso não pode se dar pela corte constitucional. Essa premissa apenas seria válida se o juiz fosse visto como um autômato, que não produz criativamente o direito, mas “[...] ‘acha’ direito já formado, ‘acha’ uma decisão já existente na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo”.¹³³

É necessário se ressaltar, após essas considerações, que apesar discordância acerca do guardião, havia consenso de que o Poder Legislativo¹³⁴ era quem constituía a maior ameaça à Constituição Federal.

2.4. O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Passamos, então, à análise do modelo brasileiro, sendo novamente imperioso abordar, inicialmente, os aspectos histórico-culturais e filosóficos-políticos, para posteriormente se analisar o nosso Tribunal Constitucional.

2.4.1 Evolução histórica

Embora não houvesse referência ao controle de constitucionalidade na Constituição outorgada de 1824, em 1889, Dom Pedro II solicitou que Lafayette Rodrigues

¹³⁰KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275.

¹³¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251.

¹³² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251.

¹³³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 258.

¹³⁴ Para Carl Schmitt: Pero en lugar de esto los grandes partidos, em su mayoría, son actualmente estructuras en parte dotadas de una firme organización y en parte plasmadas en un complejo social minuciosamente organizado, con burocracias influyentes, con un ejército permanente de funcionarios remunerados, con todo un sistema de organizaciones auxiliares y de socorro, a las cuales está ligada una clientela, espiritual, social y económicamente”. Em tradução livre: “Mas, em vez disso, os grandes partidos, em sua maioria, são atualmente estruturas parcialmente dotadas de uma organização e em parte incorporada em um complexo social cuidadosamente organizado, com burocracias influentes, com um exército permanente de funcionários públicos pagos, com todo um sistema de organizações auxiliares e alívio, ao qual está ligada uma clientela, espiritual, social e economicamente. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983. p. 142.

e Salvador Mendonça, quando de sua missão oficial nos Estados Unidos, “[...] estudassem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington”.¹³⁵ Ele acreditava que “[...] nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana”,¹³⁶ sendo que a sua intenção era a de “[...] criar aqui um tribunal semelhante ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador (...) Deem toda a atenção a esse ponto”.¹³⁷

Em 11.10.1890, por meio do Decreto n.º 848, que organizou a justiça federal, o controle difuso restou previsto.¹³⁸ Posteriormente, em 1891 foi positivado na Constituição de 1891.¹³⁹ Finalmente, na Constituição de 1934 houve a positivação do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da ação interventiva¹⁴⁰.

Contudo, em que pese essas inovações no plano constitucional, João Mangabeira aduz que “[...] desde 1892 a 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo Tribunal Federal (...) O órgão que a Constituição criara para a sua guarda (...) a deixava desamparada nos dias de risco ou terror”.¹⁴¹

¹³⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. **A história do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002. p. 1.

¹³⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. **A história do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002. p. 1.

¹³⁷ RODRIGUES, Leda Boechat. **A história do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2022. p. 1.

¹³⁸ Art. 9º Compete ao Tribunal (STF):

Paraphrased unico. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados: [...]

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario à Constituição, aos tratados e às leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, à validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.” BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹³⁹ Art 60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo. BRASIL. Constituição (1891). Art. 60 da Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10604265/artigo-60-da-constituicao-federal-de-24-de-fevereiro-de-1891>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹⁴⁰ Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. BRASIL. Constituição (1934). Art. 12 da Constituição Federal de 16 de julho de 1934. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10612000/artigo-12-da-constituicao-federal-de-16-de-julho-de-1934>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹⁴¹ MANGABEIRA, João. **Rui: o estadista da República**. Brasília: Conselho editorial do Senado Federal, 1999. p. 241.

Na sequência, com a emenda constitucional 16/65,¹⁴² adotou-se na Constituição Federal de 1946 o controle abstrato de leis e atos normativos, importando a teoria de Hans Kelsen do controle de constitucionalidade. Desde então, passou-se a adotar ambos os modelos.¹⁴³

A adoção do controle de constitucionalidade concentrado ocorre em um contexto em que se percebe que as tiranias legislativas podem ser tão violentas quanto as do Executivo. Após a segunda guerra mundial há um forte ataque a esses poderes, como bem ressalta Mauro Capelletti ao afirmar que os casos da Alemanha Nazista, da Itália Fascista e da Rússia de Stalin nunca passarão sem nos terem ensinado esta lição: “quando o poder político não sofre controle, mesmo os instrumentos da nova tecnologia, da comunicação de massa, da assim chamada ‘educação popular’, tudo pode perverter-se numa grande máquina corruptora”.¹⁴⁴

Desse modo, ganha força a “justiça constitucional”, que engloba um novo tipo de normas constitucionais, instituições e processos, numa tentativa de limitar e controlar o poder político.¹⁴⁵ Nesse contexto, o controle de constitucionalidade desempenha um papel fundamental:

En América Latina la «moda» llegó también. El establecimiento de estos órganos a partir de la década de 1970 y 1980 coincide con el auge que ellos tuvieron en la Europa de la postguerra y, más importante aún, con el reestablecimiento de regímenes democráticos en la región luego de una larga etapa de autoritarismos, golpes de Estado y gobiernos militares.¹⁴⁶

¹⁴²Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. M BRASIL. Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 22 mar. 2023.

¹⁴³Acerca da expansão do controle de constitucionalidade, bem ressalta Lucio Pegoraro: “Constatamos a impetuosa expansão que o instituto do controle de constitucionalidade teve no curso do século vinte, sobretudo depois da Segunda Guerra e na década recém-concluída. Nascida de diferentes origens, a ideia de um juiz das leis difundiu-se por quase todos os lugares, pelo menos em nível de verbalização constitucional”. PEGORARO, Lúcio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, p. 59-75, jan./mar., 2005. p. 73. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/228>. Acesso em: 04 jan. 2023.

¹⁴⁴CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da ‘Justiça Constitucional’. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 263-286, out., 2001. p. 275. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892>. Acesso em: 26 dez. 2022.

¹⁴⁵CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da ‘Justiça Constitucional’. **Revista da Faculdade de Direito da UFRG**, Porto Alegre, v. 20, p. 263-286, out., 2001. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892>. Acesso em: 26 dez. 2022.

¹⁴⁶VILLALOBOS, Marco F. Feoli. De la justicia constitucional o las justicias constitucionales: la contribución de América Latina (los casos de Colombia y Costa Rica). **XIV Encuentro de latinoamericanistas**

A Constituição é força ativa, jamais a parte mais fraca¹⁴⁷. É o marco filosófico do pós-positivismo que causa essas modificações teóricas no direito constitucional mundial, segundo Luís Roberto Barroso:

[...] o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. (...) a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. (...) no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.¹⁴⁸

Exemplo claro disso é a introdução, na Alemanha, em 1951, do Verfassungsbeschwerde,¹⁴⁹ por meio da qual qualquer cidadão pode recorrer ao Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht) caso tenha os seus direitos constitucionais violados. Em 1969 essa medida foi positiva na Constituição Federal.¹⁵⁰

Assim, a partir do final da II Guerra Mundial há uma substituição do Estado legislativo de direito pelo constitucional de direito,¹⁵¹ sendo que, atualmente, mais de 80%

españoles, Santiago de Compostela, p. 2.094-2112, set., 2010. p. 2095. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531530>. Acesso em: 04 jan. 2023. Em tradução livre: “Na América Latina a ‘moda’ também chegou. A criação desses órgãos a partir dos anos 1970 e 1980 coincide com a ascensão que tiveram na Europa do pós-guerra e, mais importante ainda, com o restabelecimento de regimes democráticos na região após um longo período de autoritarismo. governos militares.”

¹⁴⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19-21.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 409/410.

¹⁴⁹ Recurso de Inconstitucionalidade. VIEIRA, Lacyr de Aguiar. O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 39-62, jan./mar. 1999. p. 48. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 28 mar. 2023.

¹⁵⁰ Positivado nestes termos: O Tribunal Constitucional Federal decide: 4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos Artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104. VIEIRA, Lacyr de Aguiar. O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 39-62, jan./mar. 1999. p. 48. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 28 mar. 2023.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 429.

dos países atribuem a cortes supremas ou a tribunais constitucionais o poder de invalidar legislação incompatível com a Constituição.¹⁵²

Nessa linha, no Brasil tivemos a promulgação da Constituição Federal de 1988,¹⁵³⁻¹⁵⁴ também dirigente. Aqui, importante se ressaltar que ocorria a redemocratização, após um golpe militar em que diversos direitos fundamentais, como a inviolabilidade de domicílio, de correspondência ou à dignidade da pessoa humana, foram desrespeitados.¹⁵⁵

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 468.

¹⁵³ A obra "A Gênese do Texto da Constituição de 1988", organizada em dois volumes pelo Senado Federal, apresenta a formação do texto de cada dispositivo da Carta de 1988, desde o Substitutivo 1 do Relator ao Projeto de Constituição na Comissão de Sistematização. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>. Acesso em: 18 jul 2021. Este trecho é peculiar: "Feita com alguma influência das Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, fecundou-se no clima da alma do povo, por isso não se tornou, como outras, uma mera constituição emprestada ou outorgada. Não tem cheiro de Constituição estrangeira como tinham as de 1891 e 1934. Não nasceu de costa virada para o futuro, como a de 1946, nem fundada em ideologia plasmada no interesse de outros povos como foi a doutrina de segurança nacional, princípio basilar das Constituições de 1967-1969. Algumas das Cartas Políticas anteriores só têm nome de constituição por simples torção semântica, pois não merecem essa denominação, só de si, rica de conteúdo ético-valorativo. Não é constituição, como repositório dos valores políticos de um povo, documento que não provenha do fundo da consciênciapopular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica naciona. **Aí está a grande diferença da Constituição de 1988 no constitucionalismo pátrio que fora sempre dominado por uma elite intelectual que sempre ignorou profundamente o povo brasileiro**" [destaque nosso]. p. 26 da referência acima.

¹⁵⁴ O discurso da promulgação de ULYSSES GUIMARÃES merece ser sempre lembrado: "**Traidor da Constituição é traidor da Pátria.** Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio e o cemitério. Quando após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem da Liberdade e da Democracia bradamos por imposição de sua honra. **Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.**" Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 18 jul. 2022.

¹⁵⁵ O tema é tão caro que houve a criação da Comissão Nacional da Verdade, em 18.11.2011, por meio da Lei n.º 12.582/11, com o fim de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18.07.1946 a 05.10.1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

O relatório foi apresentado em 10.12.2014, sendo riquíssimo em detalhes, conforme se nota dos seguintes trechos: "No âmbito desse quadro de graves violações de direitos humanos, **a CNV teve condições de confirmar 434 mortes e desaparecimentos de vítimas do regime militar, que se encontram identificados de forma individualizada no Volume III deste Relatório, sendo 191 os mortos, 210 os desaparecidos e 33 os desaparecidos cujos corpos tiveram seu paradeiro posteriormente localizado, um deles no curso do trabalho da CNV.** Esses números certamente não correspondem ao total de mortos e desaparecidos, mas apenas ao de casos cuja comprovação foi possível em função do trabalho realizado, apesar dos obstáculos encontrados na investigação, em especial a falta de acesso à documentação produzida pelas Forças Armadas, oficialmente dada como destruída. Registre-se, nesse sentido, que os textos do Volume II deste Relatório correspondentes às graves violações perpetradas contra camponeses e povos indígenas descrevem um quadro de violência que resultou em expressivo número de vítimas."

Relatório da Comissão da Verdade. Disponível em: cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo17.pdf. Acesso em: 07 jul. 2022.

"**As graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1964 e 1985 decorreram de modo sistemático da formulação e implementação do arcabouço normativo e repressivo idealizado pela ditadura militar** com o exposto objetivo de neutralizar e eliminar indivíduos ou grupos considerados como ameaça à ordem interna. Cumpre mencionar, nesse sentido, que o documento intitulado 'Diretrizes de segurança interna' e o seu correspondente Sistema de Segurança Interna tiveram como fundamento a Lei

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, houve a inclusão¹⁵⁶ da ação de inconstitucionalidade por omissão¹⁵⁷ e, com a emenda constitucional 3/1993,¹⁵⁸ permitiu-se o ajuizamento perante o Supremo Tribunal Federal da ação declaratória de constitucionalidade. Outro grande avanço se deu com a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento das ações de (in)constitucionalidade.¹⁵⁹

de Segurança Nacional então vigente (Decreto-Lei no 314, de 13 de março de 1967), que transformou em preceitos jurídicos os princípios da Doutrina de Segurança Nacional, disseminada na Escola Superior de Guerra desde o final da década de 1940 e que estabeleceu como corolário a lógica do inimigo interno (...) As graves violações de direitos humanos cometidas durante o período da ditadura militar foram expressão, portanto, de decisões políticas adotadas por suas instâncias dirigentes, que se refletiram nas estruturas administrativas organizadas com base nos princípios da hierarquia e da disciplina, sob a forma de rotinas de trabalho e de padrões de conduta. **Houve, nesse sentido, permanente ascendência hierárquica sobre a atividade funcional e administrativa realizada pelos agentes públicos diretamente associados ao cometimento de graves violações de direitos humanos. No âmbito de cadeias de comando solidamente estruturadas, esses agentes estiveram ordenados em escalões sucessivos, por vínculo de autoridade, até o comando máximo da Presidência da República e dos ministérios militares. É possível afirmar, desse modo, que as ações que resultaram em graves violações de direitos humanos estiveram sempre sob monitoramento e controle por parte dos dirigentes máximos do regime militar, que previram, e estabeleceram, mecanismos formais para o acompanhamento das ações repressivas levadas a efeito.**"

Relatório da Comissão da Verdade. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2016.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁵⁶Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2023.

¹⁵⁷Ela tem como objetivo combater o silêncio legislativo, na expressão de Canotilho. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Almeida, 1993. p. 1114.

¹⁵⁸Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2023.

¹⁵⁹Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2023.

Assim, após essa evolução e a adoção dos modelos difusos e concentrados, tem-se que o controle de constitucionalidade vigente no Brasil é um dos mais abrangentes¹⁶⁰ do mundo e, como bem ressalta Gilmar Mendes:

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado (...) constituem elemento explicativo de tal tendência.¹⁶¹

Quanto ao catálogo de direitos, contém ela o mais generoso rol da nossa história constitucional.¹⁶² Erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil,¹⁶³ além de serem objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁶⁴ Ainda, possui um título específico para os direitos e garantias fundamentais,¹⁶⁵ tendo previsto setenta e oito incisos no artigo 5º. Sem prejuízo, o poder constituinte originário previu que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.¹⁶⁶

¹⁶⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1058.

¹⁶¹Mendes, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Caderno Virtual**, [S. l.], v. 2, n. 08, 2009. p. 2. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/54>. Acesso em: 27 dez. 2022.

¹⁶²BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 153.

¹⁶³Artigo 1º, III, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2023.

¹⁶⁴Artigo 2º, I, III e IV, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2023.

¹⁶⁵Que são cláusulas pétreas: Artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2023.

¹⁶⁶Artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mar. 2023.

2.4.2 O Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988 e a premissa da supremacia judicial

Até a Constituição Federal de 1988, a atuação do Supremo Tribunal Federal foi extremamente restritiva, conforme aduz Daniel Sarmento:

Na acidentada história institucional do país, não faltaram Constituições (...). Mas, se sobraram Constituições, tem-nos faltado constitucionalismo. A maior parte das Constituições que tivemos não logrou liminar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados.¹⁶⁷

Contudo, em que pese inicialmente se tenha notado um Supremo Tribunal Federal comedido,¹⁶⁸ atualmente claramente se nota uma expansão do papel do Supremo Tribunal Federal, que tem se valido de diversas técnicas de interpretação, a exemplo das chamadas sentenças aditivas e modificativas.¹⁶⁹ Com elas, é proferida uma decisão que amplia o âmbito de incidência de uma certa disposição normativa, de forma a alcançar situações não previstas originalmente.¹⁷⁰

O julgamento do caso Raposa Serra do Sul¹⁷¹ é um deles. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito inseriu 18 cláusulas restritivas à demarcação que não constavam do ato que a instituiu.¹⁷² Também se pode mencionar a regulamentação, em julgados de

¹⁶⁷SARMENTO, Daniel. A trajetória constitucional brasileira. In: (Id.). **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

¹⁶⁸Nesse sentido, Luiz Werneck Vianna, em 1999, ao analisar a última década: “O STF tem sido muito cuidado ao administrar suas relações com os demais poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como ativismo judicial.” VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48.

¹⁶⁹Assim o Ministro Gilmar Mendes se manifestou: “É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais cortes constitucionais europeias. A assunção de uma atividade criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos

¹⁷⁰SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 214.

¹⁷¹Pet 3.888, DJ 25.09.2009.

¹⁷²A título de exemplo, mencionam-se algumas: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de

mandado de injunção, da aposentadoria especial por trabalho em condições insalubres no serviço público,¹⁷³ do direito de greve dos servidores públicos¹⁷⁴ e a concessão de indenização aos perseguidos pelo regime militar.¹⁷⁵

Na mesma linha, no julgamento das ADI's 958-3 e 966-4 foi declarada inconstitucional a previsão da cláusula de barreira, editada pela Lei n.º 8.713/93, por se entender que haveria violação ao devido processo legal substantivo. Em 1995 foi editada nova norma, a Lei n.º 9.096/95, estabelecendo restrições de acesso ao fundo eleitoral para os partidos que não obtivessem 5% (cinco por cento) dos votos válidos. Novamente, no julgamento das ADI's 1.351-3 e 1.354-8, ocorrido apenas em 2003, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei seria inconstitucional, por violação ao pluralismo político e partidário, ao direito das minorias à representação parlamentar e à igualdade de oportunidades no processo eleitoral.

Também em relação ao direito eleitoral, temos o paradigmático julgamento da “infidelidade partidária”. Nele, o Ministro Celso de Melo afirmou:

Cabe destacar e reconhecer, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) confere-lhe o monopólio da última palavra em tesa de exegese das normas positivadas no texto da lei fundamental.¹⁷⁶

Ainda, salienta-se os julgamentos da redução do número de vereadores nas Câmaras Municipais,¹⁷⁷ das pesquisas em células-tronco,¹⁷⁸ da união estável para casais do mesmo sexo,¹⁷⁹ da suspensão do Juiz de Garantia (liminar que perdura desde 01.2020),¹⁸⁰ do amianto,¹⁸¹ além da definição do rito do impeachment do Presidente da

cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI.

¹⁷³STF, MI 721, DJ, 20/08/2007.

¹⁷⁴STF, MI 708, DJ, 31/10/2008.

¹⁷⁵STF, MI 283-5.

¹⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança 26.603/DF. Impetrante: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB e Outros. Recorrida: União Federal. Relatoa: Min. Celso de Mello, 04 de outubro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 25 jun. 2021.

¹⁷⁷RE 197.971, DJ 07/05/2004.

¹⁷⁸ADI 3510, DJ, 28/05/2010.

¹⁷⁹ADPF 132, DJ, 14/10/2011.

¹⁸⁰ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

¹⁸¹A questão do amianto foi discutida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3356, 3357, 3937, 3406, 3470 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 109. Interessante, aqui, mencionar-se trecho do voto, vencido, da Ministra Ellen Gracie: “Evidente, já vou repetir mais uma vez, que não somos uma academia de ciência. Portanto, não nos cabe definir a nocividade de produtos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 109. Brasília, DF,

República,¹⁸² a constitucionalidade da reforma constitucional que previu a reeleição para o cargo de Chefe do Executivo e ¹⁸³ a obrigatoriedade da verticalização nas coligações partidárias nos pleitos federal e estadual.¹⁸⁴ Também, a questão do aborto em fetos anencéfalos.¹⁸⁵

Isso sem se esquecer da criminalização da homofobia e transfobia com aplicação analógica à Lei do Racismo,¹⁸⁶ da regulamentação do uso de algemas¹⁸⁷ e da vedação ao financiamento privado nas campanhas eleitorais.¹⁸⁸

Em 2020 também tivemos o julgamento da ADPF 752, que alegava a inconstitucionalidade do inquérito 4781,¹⁸⁹ instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares, e com base no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁰

Aqui, além de se ter por constitucional o inquérito,¹⁹¹¹⁹² houve enorme ampliação *ex officio* das competências do Supremo Tribunal Federal, autorizando a

30 nov. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749050355>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹⁸²ADPF 478.

¹⁸³STF, ADI 1.805, DJ 14/11/2003.

¹⁸⁴STF, ADI 2.628, DJ 05/03/2004.

¹⁸⁵STF, ADPF 54, DJ 12/04/2012.

¹⁸⁶AD6 26 e MI 4733, DJ 13/06/2019.

¹⁸⁷Súmula Vinculante 11.

¹⁸⁸ADI 4.650, DJ 17/09/2015.

¹⁸⁹Instaurado em 14.03.2019 por meio da Portaria n. 69, do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli.

¹⁹⁰Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

¹⁹¹ O Ministro Alexandre de Moraes negou pedido de arquivamento formulado pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, que deixou de atuar no inquérito. O Ministério Público Federal apenas passou a atuar no feito em 18.10.2019, após Augusto Aras ter sido indicado Procurador-Geral da República.

¹⁹²Necessário a transcrição destes trechos do voto vencido do então Ministro Marco Aurélio Mello: “Prossigo na fala da Procuradora-Geral da República, à época Dra. Raquel Elias Ferreira: ‘De fato, embora o sistema penal acusatório seja marcado por diversos princípios, o principal deles é que o órgão estatal responsável pela acusação necessariamente não será responsável pelo julgamento.’ Foi o que eu disse: não pode a vítima instaurar inquérito. Uma vez formalizado requerimento de instauração de inquérito, cumpre observar o sistema democrático da distribuição, sob pena de passarmos a ter, como disse, juízo de exceção, em contrariedade ao previsto no principal rol das garantias constitucionais da Carta de 1988. (...) Prossegue versando a instauração de ofício do inquérito e abordando problemática ligada – para mim, seriíssima, porque escolhido a dedo, não aceitaria essa relatoria – ao Relator do inquérito, sem observância do sistema democrático da distribuição. Presidente, estamos diante de inquérito natimorto. Ante as achegas verificadas, depois de instaurado, diria mesmo de inquérito do fim do mundo, sem limites” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 18 de junho de 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 06 de jan. 2023.

presidência de inquérito por Ministro, determinando busca e apreensões, prisões e outras medidas cautelares de ofício, sequer analisando o impedimento de Ministros, tudo isso com base, dentre entre outros argumentos, na teoria dos poderes implícitos.¹⁹³

Do voto do então Ministro Celso de Mello merece ser destacado que foi reiterado que o Supremo Tribunal Federal possui o monopólio da última palavra acerca da interpretação constitucional:

Cabe destacar, bem por isso, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas por esta Corte Suprema, cuja função institucional de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) **confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental**, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência deste Tribunal, para quem ‘[...] A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição [...]’ (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei) A circunstância de o **Supremo Tribunal Federal, na qualidade de ‘organo di chiusura’, dispor de competência para interpretar o ordenamento constitucional, encerrando, em caráter definitivo, as controvérsias jurídicas a ele submetidas**, não significa que suas decisões sejam imunes à crítica, à divergência e ao debate no âmbito da sociedade civil e no plano da comunidade acadêmica, especialmente se se considerar a afirmação de que se vive sob a égide de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes livres da Constituição’, como a ela se refere Peter Häberle.¹⁹⁴ [destaque nosso]

¹⁹³Eis trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes: “Como fazer valer a defesa intransigente da Constituição, da democracia, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais contra coações, ataques, constrangimentos, ameaças e atentados contra o Supremo Tribunal Federal e seus Membros, se o próprio Supremo não se puder defender na ausência de defesa por parte de outros órgãos? Volto a reafirmar e insistir: esse dever institucional do Presidente do Supremo Tribunal Federal de zelar pelas prerrogativas da Corte e pela independência do Poder Judiciário decorre diretamente do próprio texto constitucional, com base na teoria dos poderes implícitos, que o Supremo já reconheceu para outros órgãos e outras competências. o exercício de sua enumerada missão constitucional, o Supremo Tribunal Federal também dispõe de todas as funções necessárias - ainda que implícitas - para poder exercer suas funções e garantir a independência de seus Magistrados e sua integridade física e psíquica. Não há, como disse, democracia sem Poder Judiciário independente e não há Poder Judiciário independente sem juízes altivos, sem juízes seguros.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 18 de junho de 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 06 de jan. 2023.

¹⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 18 de junho de 2020. p. 307. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 06 de jan. 2023.

Como se vê, além de avançar em temas sensíveis, a Suprema Corte tem reiterado que possui a última palavra acerca da interpretação constitucional, cuja discussão remonta a discurso parlamentar proferido por Rui Barbosa, como Senador da República, em 29.12.1914, quando afirmou:

A Justiça, como a nossa Constituição a criou no art. 59, é quem traça definitivamente aos dois poderes políticos as suas órbitas respectivas. [...] o Supremo Tribunal conhecerá, em última instância, das causas em que se contestar a validade, assim dos atos do Poder Executivo, como do Poder Legislativo perante a Constituição. Por esta disposição constitucional, a nossa justiça suprema é quem define quando os atos do Poder Legislativo estão dentro ou fora da Constituição, isto é, quando os atos de cada um desses dois poderes se acham dentro da órbita que a cada um desses dois poderes a Constituição traçou. Ele é o poder regulador, não conhecendo do assunto por medida geral, por deliberação ampla, resolvendo apenas dos casos submetidos ao seu julgamento, mediante a ação regular; mas quando aí decide, julgando em última instância, não há, sob qualquer pretexto deste mundo, recurso para outro qualquer poder constituído. [...] Em tôdas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. [...] Acaso vs. Exas poderiam convir nessa infalibilidade que agora se arroga de poder qualquer desses ramos da administração pública, o Legislativo ou o Executivo, dizer quando erra e quando acerta o Supremo Tribunal Federal? **O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.**¹⁹⁵ [destaque nosso]

¹⁹⁵BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**, vol. XLI, tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, p. 258-259. Disponível em https://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/16040_V41_T3/PDF/16040_V41_T3.pdf. Acesso em: 06 jan. 2023.

Posteriormente, a supremacia judicial foi afirmada nas ADI's 2.860 e 2.797,¹⁹⁶¹⁹⁷ quando o Congresso Nacional tentou reverter uma decisão do Supremo Tribunal Federal por meio de uma lei ordinária.

O Supremo possuía a súmula 394,¹⁹⁸ editada em 03.04.1964, que posteriormente foi cancelada,¹⁹⁹ tendo sido fixada a tese de que, depois de cessado o exercício da função, não deve se manter o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve ela cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição. Assim, essa extensão seria inconstitucional.

Contudo, posteriormente foi promulgada a Lei n.º 10.628/02, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação: “§1o A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.” Como se vê, houve a superação do julgamento por meio de lei ordinária. Assim, foi proposta a ADI 2.860,²⁰⁰ buscando a declaração da inconstitucionalidade da referida alteração.

No julgado, o Ministro Sepúlveda Pertence bem resume a lide ao indagar: “Lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar a jurisprudência assente no Supremo,

¹⁹⁶STF, DJ 19/12/2006.

¹⁹⁷Há outros julgados, a exemplo: “A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

¹⁹⁸Eis o seu teor: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (cancelada)

¹⁹⁹No julgamento do Inq. 656 QO, rel. min. Moreira Alves, DJ 31/10/2001.

²⁰⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República?”,²⁰¹ para na sequência afirmar que não.

Dentre as premissas, restou assentado que lei ordinária não pode interpretar a Constituição quando há decisão do Supremo Tribunal Federal em contrário, tendo o Ministro Eros Grau asseverado:

O Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu.²⁰²

Ainda, foi afirmado pelo relator que admitir a validade de lei frontalmente contrária à “[...] jurisprudência constitucional do STF equivaleria a liberar o legislador dos limites constitucionais que deveriam constranger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito”²⁰³ e que haveria abuso do poder de legislar, se a lei for elaborada com esse fim. Houve, então, o reconhecimento, da maioria, de uma inconstitucionalidade formal.

Ao final do seu voto, a então Ministra Ellen Gracie asseverou “[...] que toda a discussão que tivemos estará em breve superada com a provável edição de emenda constitucional que já se encontra em andamento no Congresso Nacional”,²⁰⁴ o que demonstra, claramente, a adoção da supremacia judicial.

²⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

²⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

²⁰³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

²⁰⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

Houve o voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, o qual adotou a teoria dos diálogos institucionais.²⁰⁵

E também no sentido da adoção da supremacia judicial, assim também se manifestou o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, ao afirmar que o Supremo é a instituição “[...] autorizada pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é”²⁰⁶ e que “[...] contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, pragmaticamente considerado, que os de violar a Constituição”.²⁰⁷

Portanto, como se viu, não há como negar uma expressiva participação²⁰⁸ do Poder Judiciário na definição de temas de fundamental importância nacional e constitucional. Assim, têm surgido críticas à supremacia judicial e questionamentos acerca de como equilibrar a tensão existente entre os Poderes Judiciário e Executivo e Legislativo, com o fim último de proteger o princípio democrático e os direitos fundamentais.

Dito isso, uma premissa pode ser estabelecida: não há um artigo na Constituição Federal no sentido de que foi adotada a supremacia judicial, tendo a decisão do Supremo Tribunal Federal se valido de argumentos teóricos acerca da democracia,²⁰⁹ constitucionalismo e temas relacionados para se chegar a essa conclusão.

Corroborando, Alexander Bickel, para quem a argumentação de Marshall’s decorre “[...] on the basis of a single textual reliance: namely, the fact itself of a written Constitution”,²¹⁰ sendo, portanto, superficial e política. Sustenta, ainda, que a Constituição

²⁰⁵Eis trecho do voto: “Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cira ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate constitucional deve continuar.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023. Todas as referências ao julgado seguirão essa fonte.

²⁰⁶ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**. Rio De Janeiro, vol. 27/153-174, p. 159-165, 2003. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79058134.pdf>. Acesso em 15 jan. 2023.

²⁰⁷ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**. Rio De Janeiro, vol. 27/153-174, p. 159-165, 2003. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79058134.pdf>. Acesso em 15 jan. 2023.

²⁰⁸Em 2008, 158 de 191 países que adotam um sistema constitucional contavam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional. GINSBURG, Tom. **The global spread of constitutional review**. In: WHITTINGTON, Keith; Kelemen, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81.

²⁰⁹Acerca da utilização de

²¹⁰BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 4. Em tradução livre: “com base em uma única confiança textual: a saber, o próprio fato de uma Constituição escrita.”

Federal não limita apenas os poderes do Legislativo e Executivo,²¹¹ mas também do Judiciário. Assim, seria “um absurdo”²¹² permitir que a Suprema Corte defina os limites seus e dos demais Poderes, especialmente em razão de que ela não está sujeita ao controle eleitoral (*accountability*).²¹³

Feitas essas considerações acerca das supremacias parlamentar e judicial, no próximo capítulo será realizada uma abordagem das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos efeitos sistêmicos das suas decisões.

²¹¹ Um dos argumentos de Marshall para fundamentar o *judicial review* é o de que, como a Constituição Federal limita os poderes do Legislativo e Executivo, não podem eles definir esses limites.

²¹² Em aspas pois a expressão é do autor.

²¹³ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 3-4.

3 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E EFEITOS SISTÊMICOS: A VIRADA INSTITUCIONAL

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, no paradigmático artigo *Interpretation and Institutions*, apresentam uma abordagem interdisciplinar que combina teoria constitucional, teoria da administração pública e teoria da escolha pública e argumentam “the futility”²¹⁴ dos esforços para demonstrar que apenas ideias em abstrato (democracia, legitimidade, autoridade, constitucionalismo) podem resolver desacordos sobre teorias normativas que abordem funções institucionais (a exemplo da supremacia judicial, legislativa ou diálogos institucionais).

Isso porque toda teoria analisada unicamente com base em compromissos conceituais muito vagos, a exemplo de determinada concepção de separação dos poderes, democracia, necessariamente se comportará de forma diferente quando manejada por juízes ou legisladores ou gestores em contextos institucionais específicos.²¹⁵

Assim, para os autores, há dois pontos que deixaram de ser observados para fundamentar a adequação ou não dessa escolha, notadamente as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos.²¹⁶ As primeiras seriam as habilidades, recursos,²¹⁷ condições²¹⁸ e limitações²¹⁹ concretas dessas instituições (Executivo, Legislativo e

²¹⁴SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 886. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em 14 jan. 2023. Em tradução livre: “A questão central não é ‘como, em princípio, um texto deve ser interpretado? Mas sim é ‘como deveriam certas instituições, com as suas distintas habilidades e limitações, interpretar certos textos?’”.

²¹⁵LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das ‘capacidade institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6/50, 2021. p. 14. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322?show=full>. Acessado em 15 jan. 2023.

²¹⁶SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 886. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em 14 jan. 2023.

²¹⁷Do judiciário, por exemplo: Orçamento, que é definido pelo Executivo.

²¹⁸Do judiciário, por exemplo: Limitação na estrutura de apoio.

²¹⁹Do judiciário, por exemplo: Escassez de tempo.

Judiciário)²²⁰, ao passo que os segundos²²¹ dizem respeito às consequências no tempo para atores públicos e privados de tipos variados.²²²

Por isso, “the central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’”²²³ Logo, o foco passa do método para as instituições, com as suas habilidades e limitações, tanto jurídicas quanto políticas, além dos efeitos sistêmicos de determinada escolha.

Portanto, ao invés de partir de uma “heroic picture of judicial capacities”²²⁴ e “jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters”, propõem que se analisem as capacidades institucionais de todos os poderes, além dos efeitos sistêmicos. Destarte, além de se debater como o Poder Judiciário deve ou pode decidir, deve-se questionar por que deve o Poder Judiciário decidir determinado tema. Ao colocar os holofotes nesses dois pontos, para eles é muito mais fácil entender o que está por trás de muitas discordâncias interpretativas no direito (pois sim, as capacidades institucionais e efeitos sistêmicos influenciam o processo decisório), além de ver como tais divergências podem ser resolvidas.

²²⁰ Não há melhor exemplo do que o voto do Ministro Luis Fux no julgamento do “caso Cesare Battisti”: [C]umpre definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, [...] apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente [...]. O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de ‘institutional capacities’, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior. **Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão.**” (grifou-se) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Petição Avulsa na Extradicação n.º 1085/DF. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Relator: Luis Fux, 08 de junho de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>. Acesso em: 12 jan. 2023.

²²¹ Também podem ser tido como: “Efeitos sistêmicos, por sua vez, relacionam-se à predição de que a atividade, em primeiro lugar, não atingirá de maneira negativa pessoas, instituições públicas e instituições privadas. Em segundo lugar, os efeitos sistêmicos representam os reflexos da atividade e das capacidades institucionais que, por sua vez, reúnem fatores que permitem a previsão dos próprios efeitos sistêmicos.” RANGEL, Henrique; Almeida, Maíra. **Os efeitos sistêmicos na teoria constitucional**. p. 11. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>. Acesso em: 14 jan. 2023.

²²²Do Judiciário: Aceitação ou não da comunidade e dos demais poderes das decisões, reações e afins.

²²³SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 886. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em 15 jan. 2023. Em tradução livre: “péssima visão das capacidades dos demais legisladores e intérpretes”.

²²⁴SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 886. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em 15 jan. 2023. Em tradução livre: “péssima visão das capacidades dos demais legisladores e intérpretes”.

E essa discrepância entre a teoria e a prática é muito bem observada por Ovídio Baptista da Silva: “Uma das peculiaridades mais notáveis de nossa formação é o divórcio entre o direito que se pratica no foro e o direito exposto pela doutrina dos sábios em seus manuais”.²²⁵

Contudo, uma ressalva torna-se extremamente necessária: a análise dos argumentos de capacidade “[...] pressupõe obediência ao direito positivo, o que o torna especialmente útil apenas quando esse direito positivo não é suficiente para determinar uma única alternativa correta quanto à adoção de uma teoria interpretativa”²²⁶ ou forma de alocação de poder decisório entre os poderes.

Daí por que a análise das capacidades institucionais e efeitos sistêmicos ganha relevância no presente estudo, pois a) a supremacia judicial ou legislativa não estão expressas no texto constitucional, mas derivam de interpretações com base em ideias abstratas (essa foi a primeira premissa que estabelecemos ao final do capítulo anterior²²⁷), e b) que as interações entre os poderes são complexas e dinâmicas.

Assim, mesmo que se admita que, à época, as capacidades institucionais do Poder Judiciário eram compatíveis com a supremacia judicial, o que não é nada pacífico, esse desenho original pode/deve ser contestado e transformado ao longo do tempo e acontecimentos fáticos que influenciem as capacidades,²²⁸ porquanto a nossa Constituição não é taxativa quanto à adoção da supremacia judicial, já que o Supremo Tribunal Federal, para chegar nessa conclusão, utilizou-se de ideias em abstrato.

Exemplificando: se a competência deriva de texto claro (por exemplo, um artigo aduzindo que o Congresso Nacional não pode aprovar lei ordinária que contrarie precedente do Supremo Tribunal Federal ou que este é o único intérprete) e se observa uma incapacidade institucional em determinadas situações, a solução é alterar a norma

²²⁵SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 69.

²²⁶LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das ‘capacidade institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, 2011. p. 25.

²²⁷ E essa foi a constatação Cass Sunstein e Adrian Vermeule: “We will begin by emphasizing the extent to which the foundations of interpretive theory in constitutional law are deficient on the score of institutional sensitivity. Here the critical case is, of course, *Marbury v. Madison*”⁶ and its inadequate (because excessively abstract and conceptual) justification for judicial review. Em tradução livre: “Começaremos enfatizando até que ponto os fundamentos da teoria interpretativa no direito constitucional são deficientes em termos de sensibilidade institucional. Aqui o caso crítico é, naturalmente, *Marbury v. Madison* e sua justificativa inadequada (porque excessivamente abstrata e conceitual) para a revisão judicial” SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 933. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em 16 jan. 2023.

²²⁸LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das ‘capacidade institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6/50, 2021. p. 17. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322?show=full>. Acessado em 15 jan. 2023.

ou proporcionar condições à instituição. Já quando a competência deriva de uma construção com base em argumentos abstratos, a análise das capacidades institucionais se torna um fundamento a mais que deve ser levado em consideração para se determinar a competência, ressaltando-se sempre que é algo que deve ser acrescido aos elementos das teorias clássicas, não bastando por si só.²²⁹

Por fim, além da análise das capacidades institucionais e efeitos sistêmicos de cada uma das instituições envolvidas, a teoria desenvolvida em “*Interpretation and Institutions*” se completa pela necessidade de comparação entre as instituições.²³⁰

É com essas premissas que os próximos tópicos serão abordados, sem se perder de vista que, por terem a Suprema Corte e o Supremo Tribunal Federal desenhos institucionais distintos, a importação das doutrinas americanas²³¹ deve ser feita com cautela.

3.1 CAPACIDADES INSTITUCIONAIS, EFEITOS SISTÊMICOS E SUPREMACIA JUDICIAL

Diante da atuação cada vez frequente do Poder Judiciário na definição de temas de fundamental importância nacional e constitucional,²³² especialmente em

²²⁹ Outro exemplo que bem ilustra: É elaborada uma tese, com base em capacidades institucionais, para se chegar à conclusão de que o processo de impeachment deveria ser de competência do Supremo Tribunal Federal, e não Congresso Nacional, como prevê a nossa Constituição Federal. Como o argumento é claramente *contra legem*, é incompatível com a teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Como ressaltam Diego Werneck e Fernando Leal: “Afinal, não se trata de um argumento para reforma institucional livre de qualquer restrição jurídica, mas sim para alocação de poder no exercício da função jurisdicional dentro do marco institucional existente nos casos em que a resposta não está claramente determinada por normas jurídicas”. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das ‘capacidade institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6/50, 2021. p. 39. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322?show=full>. Acessado em 15 jan. 2023.

²³⁰ Vide: ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**, vol. 14, n. 2, 2016, p.18-51. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167789>. Acesso em: 14 jan. 2023.

²³¹ “Eles inventaram a instituição (judicial review), formularam a pergunta e elaboraram as principais respostas”. MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 23.

²³² Decorrência essa de, como bem ressalta Bruno de Sá Barcelos Cavaco: “No espaço legislativo, assiste-se a uma democracia representativa em crise e a um Parlamento sem agenda. Por seu turno, o Executivo não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais.” CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 81, jul./set, 103-126, 2021. p. 1. Disponível em <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Bruno+de+Sa+Barcelos+Cavaco.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

assuntos politicamente sensíveis,²³³ como visto anteriormente, as suas capacidades institucionais e efeitos sistêmicos têm sido cada vez mais abordadas²³⁴ pela doutrina para reafirmar ou contestar a adoção da supremacia judicial.

Inclusive, Cass Sunstein e Adrian Vermeule chegam a afirmar que John Marshall é:

The father, or the founder, of the kind of institutional blindness that we are criticizing. Indeed, what is most striking about Marshall's arguments for judicial review is that they depend on a series of fragile textual and structural inferences, ignoring the institutional issues at stake.²³⁵

Para fins de organização, a análise das capacidades institucionais será feita com base em fatores subjetivos e objetivos. Estes dizem respeito aos recursos físicos disponíveis e ao arranjo institucional, ao passo que aqueles estão relacionados à imagem (postura dos membros e reputação social) da instituição perante os demais atores institucionais e a população.²³⁶

Já no que diz respeito aos efeitos sistêmicos, serão abordados alguns comportamentos e suas consequências, principalmente em razão de que as decisões tomadas pelo Legislativo e Judiciário têm impacto direto na vida da população como um todo. Isso porque, em que pese possam garantir a proteção de direitos fundamentais, promover a justiça social e fortalecer a democracia, também podem gerar conflitos políticos e fragilizar a confiança da população nas instituições.

Assim, como as decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Judiciário podem gerar efeitos sistêmicos em outras esferas da sociedade, como a economia e as relações internacionais, é fundamental que sejam analisados de forma crítica e

²³³ Nesse sentido, Luiz Werneck Vianna: "O Judiciário abandona o seu canto neutro e se identifica com a preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação." VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 16.

²³⁴Contudo, para que essa análise não seja supérflua, é necessário que se façam análises empíricas, o que também será observado a seguir. Em tradução livre: "o pai, ou o fundador, da cegueira institucional que estamos criticando. De fato, o que mais chama a atenção nos argumentos de Marshall a favor da revisão judicial é que eles dependem de uma série de frágeis inferências textuais e estruturais, ignorando as questões institucionais em jogo".

²³⁵ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 933. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em 16 jan. 2023. Em tradução livre: "O pai, ou o fundador, do tipo de cegueira institucional que estamos criticando. De fato, o que mais chama a atenção nos argumentos de Marshall a favor da revisão judicial é que eles dependem de uma série de frágeis inferências textuais e estruturais, ignorando as questões institucionais em jogo."

²³⁶LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, 2011. p. 42

responsável, como forma de garantir uma atuação eficiente e democrática das instituições em benefício da sociedade como um todo; do contrário, a omissão passa a ser desejada.

3.1.1 Direitos morais, a proteção da minoria e o Poder Judiciário como meio procedimental

A teoria de Dworkin²³⁷ do Estado de Direito é uma das mais influentes no campo da filosofia política e jurídica²³⁸ e se opõe à teoria centrada no texto legal.²³⁹ Denominada de concepção do Estado de Direito centrada nos direitos, pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais – isto é, outros direitos que não os declarados pelo direito positivo – entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo.²⁴⁰ Assim, a sociedade pode ser “[...] sensatamente criticada com base no fundamento de que sua legislação não reconhece os direitos que as pessoas têm”, de modo que a aquiescência às leis não é suficiente para o seu ideal de justiça, porquanto provocaria mais injustiça do que se as suas regras forem injustas.²⁴¹

Essa teoria vê diversas formas de “fracasso”²⁴² do Estado que não seriam resolvidas pela concepção de Estado de direito centrada no texto legal, a exemplo de quando ele deixar de reconhecer direitos importantes, errar na exatidão dos direitos que reconhece ou adotar regras que coloquem as minorias em desvantagens.²⁴³ Nesses casos, Dworkin entende que há direitos subjetivos, ainda que morais, que fundamentam a atuação do Poder Judiciário e o *judicial review*, objeto da presente pesquisa, que é aquele que, para o autor, possui as melhores condições institucionais para a concretização daqueles.

²³⁷Aqui, é necessário se salientar que as considerações quanto aos estudos de Ronald Dworkin se restringem à sua visão acerca do judicial review, abordado na presente pesquisa, não sendo, portanto, investigada a sua concepção da interpretação jurídica e bases de sustentação, notadamente a tese dos direitos, a tese da interpretação e a tese da integridade.

²³⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 03-39.

²³⁹ DWORKIN assim resume a teoria centrada no texto legal: “Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto de normas (...) Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no ‘livro de regras’, elas devem ser seguidas até serem modificadas.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 06-07.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 07-09.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 08-09.

²⁴² Em aspas pois é a palavra utilizada por Dworkin.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 07-08.

Daí porque um juiz confrontado com casos controversos²⁴⁴ tentará “[...] estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso”.²⁴⁵ E isso é possível, segundo Dworkin, pois:

Embora o modelo centrado nos direitos admita que o texto jurídico é, dessa maneira, uma fonte de direitos morais no tribunal, ela nega que o texto jurídico seja a fonte exclusiva de tais direitos. (...) o ideal da prestação jurisdicional, no modelo centrado nos direitos, é de que, na medida em que isso é possível, os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal.²⁴⁶

E Dworkin entende que é possível que juízes tomem decisões com base em argumentos de princípio²⁴⁷ político, pois ele critica a premissa majoritária,²⁴⁸ adotada pelo Parlamento²⁴⁹ para a tomada de decisões, com base em uma concepção constitucional da democracia,²⁵⁰ segundo a qual o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição de democracia.²⁵¹ Ao contrário, essa concepção impõe que as instituições políticas, que tomam as decisões coletivas, dediquem, em sua estrutura, composição e modo de operação, a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito.²⁵²

²⁴⁴ Seriam os casos em que nenhuma regra explícita no livro das regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 15.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 15.

²⁴⁷ Na visão de Ronald Dworkin, princípios são os direitos individuais que cada pessoa possui e que devem ser protegidos pelo sistema político. A política, por sua vez, consiste em um conjunto de metas utilizados para garantir esses direitos individuais e somente podem ser considerados legítimos se estiverem alinhados com a proteção dos direitos individuais. Assim, o direito público somente será verdadeiramente de todos se for, ao mesmo tempo, de cada um. Em outras palavras, as políticas públicas somente serão justas e legítimas se respeitarem os direitos individuais de cada pessoa, sem violar seus direitos em prol do "bem comum". Para Dworkin, essa é a única forma de garantir a equidade e a justiça social no âmbito político.

²⁴⁸ Eis como Dworkin introduz o tema: “Por trás desses conhecidos debates sobre a estrutura da democracia, existe, na minha opinião, uma profunda disputa filosófica acerca do valor ou do objetivo fundamental da democracia; e uma determinada questão abstrata é crucial para essa disputa, embora isso nem sempre seja reconhecido. Devemos aceitar ou rejeitar o que vou chamar de premissa majoritária?” DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

²⁴⁹ Ideia de que a maioria deve ter sempre razão em questões políticas ou morais.

²⁵⁰ Ao invés da concepção majoritária da democracia.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26.

²⁵² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

Assim, na ausência da “consideração de igualdade”, não se pode contestar a utilização de outros procedimentos que respeitem e garantam as condições democráticas.

O argumento de Dworkin é baseado em teorias institucionais da democracia, que se concentram na estrutura e nos procedimentos do sistema político e jurídico, e em teorias de moralidade política,²⁵³ que se preocupam com as questões éticas e morais subjacentes às decisões políticas.

Há uma afirmação de uma democracia dualista norte-americana. Acerca desse tema, Bruce Ackerman aduz que ela “[...] busca distinguir duas decisões diferentes que pode ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo”.²⁵⁴ Em outras palavras, a primeira é materializada na Constituição e suas emendas, ao passo que a segunda na legislação infraconstitucional. Assim, as cortes fortalecem o regime democrático, fazendo com que a primeira decisão não seja violada pela segunda.²⁵⁵

A Constituição estabeleceria, assim, uma vida política bipartida, dividida em dois momentos: a política constitucional ocorre em momentos históricos especiais em que o povo se mobiliza e, com virtude cívica, toma decisões inspiradas no bem comum, enquanto a política normal é caracterizada pela busca pura de interesses e negociações privadas.²⁵⁶ Nessa perspectiva, a revisão judicial é incumbida de responsabilidade de prestação de contas ao povo que se manifesta em momentos constitucionais. Segundo o autor, trata-se não de uma dificuldade contra-majoritária, mas sim de uma dificuldade intertemporal, uma vez que o processo de emenda, no qual o povo decide realizar alguma

²⁵³ Como se vê, Dworkin se vale de teorias de democracia e de moralidades públicas: “As teorias institucionais da democracia são necessárias, mas não suficientes para uma teoria completa da democracia. Elas nos ajudam a entender como as instituições políticas podem ser organizadas para promover a participação dos cidadãos e a proteção dos direitos fundamentais, mas não nos dizem o que é o bem comum ou o que é justo. As teorias de moralidade política, por outro lado, nos fornecem um quadro conceitual para avaliar as políticas públicas em termos de suas consequências para o bem-estar dos cidadãos e a justiça social, mas não nos dizem como as instituições políticas devem ser organizadas para atingir esses objetivos. Uma teoria completa da democracia deve integrar esses dois tipos de teorias e fornecer um quadro conceitual para a análise e avaliação crítica das políticas pública.” DWORKIN, Ronald *apud* BONAVIDES, Paulo; BAHIA, Flávia. **A Teoria Política de Ronald Dworkin: Justiça, Liberdade e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 125/126.

²⁵⁴ ACKERMAN, Bruce *apud* LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 14.

²⁵⁵ LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 15.

²⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 61.

alteração na Constituição e na interpretação da corte, requer maior empenho e tempo.²⁵⁷ Daí por que, para os dualistas, o *judicial review* não pode ser tido como antidemocrático.

Portanto, uma lei não é democrática e, conseqüentemente, imutável, pelo simples fato de se ter observado todo o procedimento para a sua formação, já que os cidadãos têm direitos fundamentais que não podem ser violados por uma maioria simplesmente porque ela é a maioria:

Os direitos fundamentais são direitos morais que todos os cidadãos têm, independentemente da vontade popular. Eles são garantidos por princípios morais que têm precedência sobre qualquer norma legal ou constitucional que possa entrar em conflito com eles. A proteção dos direitos fundamentais é a base de uma sociedade justa e democrática.²⁵⁸

Assim, a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra interferências arbitrárias ou injustificadas é um requisito essencial em uma democracia, mesmo que isso possa implicar limitações à liberdade de ação da maioria. E isso não será cumprido se a Constituição não for interpretada de forma coerente e sistemática pelo Poder Judiciário, que é a instituição responsável por aplicá-la e garantir sua eficácia,²⁵⁹ ainda mais em razão de que a proteção desses direitos é o alicerce da dignidade humana e da democracia, e deve ser garantida de forma imparcial e consistente para todos os membros da comunidade, independentemente de sua posição social, econômica ou política²⁶⁰.

Ademais, quando isso não ocorre, a exemplo de quando os direitos das minorias não são respeitados, não há “[...] objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário (...) para proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia”.²⁶¹ Isso porque uma norma apenas é legítima quando ela está ajustada aos princípios da igualdade, justiça e da decência

²⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 61.

²⁵⁸ DWORIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 18.

²⁵⁹ DWORIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 25.

²⁶⁰ DWORIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 18.

²⁶¹ DWORIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 27.

pública, além da moralidade política,²⁶² podendo o mesmo raciocínio ser feito para as omissões.²⁶³ Aqui, pode-se afirmar que o argumento de Dworkin é teórico institucional²⁶⁴ e, ainda, um argumento de moralidade política.²⁶⁵

E essa circunstância faz com que o *judicial review* se consubstancie em uma prática institucional que garante que os direitos sejam trunfos sobre a maioria, garantidos por princípio, não por políticas do jogo político, estando o Poder Judiciário legitimado a realizar uma leitura moral²⁶⁶ da Constituição Federal, garantindo o direito das minorias, porquanto nenhum cidadão será um membro moral da sociedade se não lhe for assegurado o direito de participação moral na decisão coletiva.²⁶⁷

3.1.2 O insulamento, a análise prospectiva e a fundamentação das decisões

A influência de grupos de interesse na tomada de decisões políticas é uma questão que sempre esteve presente nas democracias e pode afetar significativamente a qualidade das decisões que envolvam questões constitucionais, bem como comprometer a proteção de direitos fundamentais.²⁶⁸ E esse fenômeno pode ser especialmente

²⁶² SILVA, Matheus Pelegrino da. Dworkin, a leitura moral da constituição e os problemas da legitimidade democrática e da segurança jurídica. **Revista Direitos Culturais**, 16(38), 245-268, 2021. p. 261. Disponível em <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/98>. Acesso em 20 dez. 2022. Eis trecho de Dworkin acerca da moralidade política: “Até agora disse pouca coisa diretamente para apoiar a concepção centrada nos direitos como ideal político (...) essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus cidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 38.

²⁶³ Quanto a isso, considerando que muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios e que o poder econômico de grandes negócios garante poder político, é possível que o Parlamento não tenha vontade de impor determinados direitos. Assim, o poder não está, de fato, nas mãos do povo, mas na mão de alguns.

²⁶⁴ Expressão que se refere a uma abordagem teórica que enfatiza a importância das instituições na compreensão e aplicação de um determinado tema ou área do conhecimento.

²⁶⁵ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 253.

²⁶⁶ Ela pode ser conceituada como “[...] a aplicação fundamentada de ideais políticos e jurídicos comprometidos com a integridade constitucional histórica, atual e prospectiva, com a finalidade de concretizar os ditames abstratos da principiologia e dos termos em aberto contidos na Lei Maior, na defesa dos direitos individuais e das minorias. Essa aplicação (...) deriva sempre de uma decisão moral, não uma moralidade pessoal, subjetiva do decisor, mas baseada na consideração dos valores jurídicos, políticos, que compõem os princípios previstos na Constituição”. JÚNIOR, César Jackson Grisa. **A dignidade da legislação e a leitura moral da Constituição, um debate acerca dos fundamentos do Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Itajaí, 2009. p. 49/50. Disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2452/CesarJuniorDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 jan. 2023.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 37.

²⁶⁸ GOMES, Wilson de Souza Campos. **Lobby e Democracia: o papel dos grupos de interesse na política brasileira**. São Paulo: Annablume, 2014. p. 11.

problemático, em questões que envolvem valores constitucionais sensíveis e a proteção de minorias.

Contudo, esta advertência de Fernando Henrique Cardoso se faz necessária acerca do termo influência:

[...] não se trata de *lobbies* (forma organizativa que expõe tanto um Estado quanto uma sociedade civil mais estruturados e racionalizados), mas círculos de informação e pressão (portanto, de poder), que se constituem como mecanismo para permitir a articulação entre setores do Estado (inclusive das Forças Armadas) e setores das classes sociais.²⁶⁹

Ao se analisar as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do Poder Legislativo para lidar com essa influência de grupos de interesse e suas possíveis consequências, argumenta-se que os legisladores estão sujeitos a maiores pressões de diversos grupos de interesse que disputam o poder e tentam influenciar as decisões políticas do que os juízes.²⁷⁰

Enquanto os legisladores são sujeitos a diversas pressões provenientes de diferentes fontes, como seus eleitores, grupos de interesse, líderes partidários e outros legisladores, os juízes, em contrapartida, estão isolados dessas pressões, especialmente no que diz respeito a tomar decisões em casos sensíveis, já que são nomeados, e não eleitos periodicamente.²⁷¹

Na mesma linha, sustenta Luís Roberto Barroso:

Os juízes gozam de independência e estabilidade na carreira que os legisladores não têm. São menos suscetíveis às pressões das forças políticas e econômicas. Não dependem de eleições periódicas ou do financiamento de campanhas eleitorais. Podem ser removidos de seus cargos apenas por motivos graves, expressamente previstos na Constituição ou na lei, e não por discordância política com os governantes ou com outros poderes. Essas diferenças conferem aos juízes uma margem de autonomia e de imparcialidade que os legisladores não têm.²⁷²

²⁶⁹CARDOSO, Fernando Henrique *apud* CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; LOTTA, Gabriela Spanghero; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil**. Brasília: Ipea, 2018. p. 62. Disponível em <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8561/1/Do%20Insulamento.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023.

²⁷⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁷¹SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 12

²⁷²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 330-331.

Além disso, os juízes não precisam se preocupar em alcançar uma maioria nas votações ou seguir compromissos partidários, o que lhes permite uma maior independência na tomada de decisões,²⁷³ ainda mais em razão de que são investidos vitaliciamente, são inamovíveis e tem a garantia da irredutibilidade dos subsídios, o que os torna menos sensíveis a pressões externas, sociais ou políticas.²⁷⁴ Não seria, portanto, uma instituição que se confere legitimidade mediante um critério populista, mas por meio de um grau de especialização técnica e de habilidade distintiva.

Dworkin inclusive afirma que grupos políticos poderosos podem formar agremiações políticas que pratiquem a discriminação, “[...] e nenhuma forma compensatória, exceto a própria minoria politicamente impotente, pode ter grande importância”.²⁷⁵ Daí por que o insulamento²⁷⁶ é uma medida que garantiria que interesses particulares não interfeririam em núcleos burocráticos específicos, de modo a proteger nichos técnicos relacionados a políticas prioritárias, possibilitando que esses núcleos atuem de forma autônoma e independente, assegurando a efetividade e a qualidade das decisões tomadas.²⁷⁷

Para além disso, a estrutura do sistema judicial permite que os juízes trabalhem em um ambiente mais fechado e menos sujeito a pressões públicas do que o ambiente político dos legisladores.²⁷⁸ Isso contribui para a autonomia do Poder Judiciário e para a manutenção do caráter técnico-jurídico das decisões judiciais, especialmente em temas sensíveis.²⁷⁹

²⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 408

²⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 962

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 27.

²⁷⁶ O insulamento é visto por Edson Nunes como a principal estratégia, somada ao universalismo de procedimentos, para garantir a separação da política e da burocracia – a mistura dessas duas esferas era vista como claramente deletéria. Eis um trecho: “O universalismo de procedimentos, baseado nas normas de impersonalismo, direitos iguais perante a lei, e *check and balances* poderia refrear e desafiar os favores pessoais. De outro lado, o insulamento burocrático é percebido como uma estratégia para contornar o clientelismo através da criação de ilhas de racionalidade e de especialização técnica (...) Esta redução da arena e efetivada pela retirada de organizações cruciais do conjunto da burocracia tradicional e do espaço político governado pelo Congresso e pelos partidos políticos, resguardando estas organizações contra tradicionais demandas burocráticas ou redistributivas.” NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Garamond, 1997. p. 33/34.

²⁷⁷ CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; LOTTA, Gabriela Spanghero; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil**. Brasília: Ipea, 2018. p. 63. Disponível em <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8561/1/Do%20Insulamento.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023.

²⁷⁸ Nessa linha: “O ambiente de trabalho do juiz é bem diferente daquele do parlamentar. Os juízes trabalham em ambientes mais isolados, têm menos contato com o público em geral e recebem menos pressões externas”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 299).

²⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 513

E isso não significa que os juízes estejam alheios às demandas da sociedade, mas sim que eles têm uma margem maior de manobra para interpretar a lei e aplicá-la de forma justa e equânime.²⁸⁰ Nesse sentido, a independência do Judiciário não é uma barreira para o diálogo com a sociedade, mas sim uma condição para que esse diálogo ocorra de forma produtiva e respeitando os valores do Estado de Direito.²⁸¹

Para além disso, o Poder Judiciário, diferentemente do Legislativo,²⁸² vai além de simplesmente tornar públicas as suas decisões ou ordens: elas necessitam ser fundamentadas.²⁸³

Assim, o exercício do *judicial review* se torna um processo transparente, que permite que os cidadãos compreendam as razões por trás das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, permitindo que os cidadãos possam monitorar²⁸⁴ as atividades desenvolvidas e detectar possíveis violações de direitos fundamentais ou outras formas de abuso de poder. Além disso, a motivação adequada implica que as decisões judiciais devem ser fundamentadas em razões jurídicas objetivas e plausíveis, de modo a garantir a credibilidade e a legitimidade do Poder Judiciário.²⁸⁵ E tudo isso é importante para a promoção da *accountability* e para a manutenção da confiança do público no sistema judicial:

²⁸⁰ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 41.

²⁸¹ Nessa linha: "A independência do Judiciário, longe de significar a alienação dos juízes, deve significar sua ligação com a Constituição e seus valores fundamentais, os quais devem refletir as aspirações e interesses da sociedade". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 246.

²⁸² Como ressaltam John Ferejohn e Pasquale Pasquino: "Os cidadãos, na maioria das democracias, esperam que os partidos políticos deixem claro algum tipo de programa ou metas que explicariam ou justificariam o programa político que estes buscarão implementar caso sejam eleitos. Mas estes manifestos ou programas de governo não são medidas apropriadas para prover justificativas e argumentos detalhados para as suas propostas legislativas (...) Pode-se até mesmo esperar, mas não exigir, que haja um preâmbulo que anteceda o texto legal, mas o conteúdo de tal preâmbulo é raramente levado a sério." FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 47-48.

²⁸³ Artigo 93, IX, da Constituição Federal: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²⁸⁴ Reiterando isso, Gilmar Mendes: "A transparência do processo decisório é um requisito fundamental para o controle de constitucionalidade, pois permite que as razões jurídicas que nortearam a decisão judicial sejam compreendidas pelos cidadãos e pela sociedade, conferindo legitimidade e credibilidade ao Poder Judiciário." MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 826.

²⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 903/904.

A transparência e a motivação adequada no exercício do controle de constitucionalidade são requisitos fundamentais para a *accountability* do Poder Judiciário, pois permitem que a sociedade possa fiscalizar as decisões judiciais e avaliar a conformidade dessas decisões com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.²⁸⁶

Para além do insulamento, se for atribuído ao próprio legislador a incumbência de analisar a conformidade de seus próprios atos com a Constituição, ele inevitavelmente realizará um julgamento que envolve sua própria causa. Nesse caso, estaria em questão a aplicação do princípio da *nemo iudex in sua causa*.²⁸⁷

Há também outro contraste com o legislador, que se concentra apenas no futuro: o julgador adota uma abordagem tanto retrospectiva quanto prospectiva, modulando os efeitos da decisão atual em casos futuros. Essa metodologia opera de baixo para cima (bottom-up), partindo dos casos concretos para generalizações modestas.²⁸⁸

Assim, como o legislador tem o dever de criar normas prospectivas, gerais e abstratas que regulem situações em larga escala, nem sempre é capaz de antever as implicações dos direitos fundamentais, tendo apenas a capacidade de especular sobre seus efeitos na sociedade. Por outro lado, o papel da corte é analisar a aplicação das leis em casos concretos, tendo sido processados por episódios reais, sendo treinada em uma metodologia decisória mais adequada para lidar com as sutilezas morais presentes em casos de direitos fundamentais, decidindo cada caso incrementalmente e construindo uma jurisprudência rica em detalhes que as regras gerais jamais poderiam alcançar.²⁸⁹

É imperioso salientar que não se deve ceder à tentação do casuísmo, sob pena de se atentar contra os pilares fundantes do estado de direito, cuja essência demanda o tratamento equitativo de casos análogos. Cabe registrar, ademais, que a corte está vinculada às suas próprias decisões anteriores, facultando aos indivíduos a extração de regras destinadas a orientar as suas condutas em futuras oportunidades.²⁹⁰

²⁸⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 904.

²⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 63.

²⁸⁸MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 65.

²⁸⁹MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 65.

²⁹⁰MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São

3.1.3 A neutralidade do Poder Judiciário

Em que pese se reconheça que o Poder Judiciário tenham maior insulamento à influência de grupos de interesses, cada vez mais se tem sustentado o fim do dogma da neutralidade dos Tribunais.

Boaventura de Souza Santos, em 1986, já abordava a concepção da administração da justiça como uma instância política, que vê nos tribunais um subsistema do sistema político global, compartilhando a característica de processarem uma série de *inputs* externos (estímulos, pressões, exigências sociais e políticas) e produzirem *outputs* (decisões) portadores de um impacto social e político nos demais subsistemas.²⁹¹

Desde então, têm sido realizadas diversas análises empíricas, especialmente de membros de Supremas Cortes, que levam em consideração a origem de classe, idade e, sobretudo, a ideologia política e social deles, vide a divisão entre juízes liberais e conservadores²⁹², que acaba por “[...] desmentir por completo a ideia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes”.²⁹³

Citando uma investigação realizada na Magistratura Italiana, Boaventura ressalta a existência de 03 (três) grandes tendências ideológicas. A primeira²⁹⁴ com ênfase nos valores da ordem, do equilíbrio, da certeza social e da certeza do direito, que agrupou os juízes conservadores. A segunda²⁹⁵ em que prevalecem as ideias de mudança social/reformismo, tanto no interior do Poder Judiciário, como na sociedade, com vista ao aprofundamento da democracia. Por última,²⁹⁶ aquela que agrupa os juízes adeptos do uso alternativo do direito e da sua função criadora, buscando a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária.²⁹⁷

Paulo, 2008. p. 66.

²⁹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, 11-44, 1986. p. 24. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 05 mar. 2023.

²⁹² Aqui, é interessante ressaltar que o termo *ativismo judicial* surge quando, em um artigo de revista (na edição de janeiro de 1947 da revista *Fortune*, intitulado "The Supreme Court: 1947"), há uma classificação, feita por um jornalista, entre os membros da Suprema Corte, alguns sendo tidos como *ativistas* e outros como *conversadores*. Essa divisão nada mais é do que a classificação *conversadores-liberais*.

²⁹³ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, 11-44, 1986. p. 13. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 05 mar. 2023.

²⁹⁴ Estrutural funcionalista.

²⁹⁵ Conflitivismo pluralista.

²⁹⁶ Conflitivismo dicotômico de tipo marxista.

²⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, 11-44, 1986. p. 24-25. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 05 mar. 2023.

E essa análise chama atenção:

[...] para um ponto tradicionalmente negligenciado: a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vistas a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício de suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.²⁹⁸

Mais recentemente, temos os estudos de Cass Robert Sunstein.²⁹⁹ Ele afirma que o direito constitucional Americano é dominado por quatro “Personae Constitucionais”,³⁰⁰ que podem ser identificadas por suas inclinações, seus temperamentos e suas sensibilidades, notadamente os heróis, soldados, minimalistas e mudos.

Esses perfis são, concomitantemente, abstratos e estilizados, uma vez que nenhum juiz do mundo real apresenta exclusivamente um ou outro perfil. Na verdade, os juízes podem integrar a um perfil em determinadas ocasiões ou mostrar tendência em adotar outro em casos mais importantes e desafiadores. Além disso, o autor destaca que esses quatro perfis podem ser adotados durante toda a carreira ou mesmo em um curto período de tempo.³⁰¹

Os heróis são grandes e ousados. Eles estão inteiramente dispostos a invocar um entendimento ambicioso da Constituição para invalidar as decisões do governo federal e dos Estados. Há heróis de esquerda e heróis de direita. Os heróis podem enfatizar a igualdade com base na raça, sexo e orientação sexual, ou podem enfatizar o poder limitado do governo nacional e a importância da propriedade privada e da liberdade de contrato. Mas seja qual for a sua ideologia, e qualquer que seja a sua abordagem favorecida à interpretação constitucional, os heróis acreditam em um papel grande e potencialmente transformador para o judiciário federal em nome da Constituição.³⁰²

²⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, 11-44, 1986. p. 26. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 05 mar. 2023.

²⁹⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

³⁰⁰ Termo do autor. Em tradução livre: “Personalidades/perfis constitucionais”.

³⁰¹ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 03.

³⁰² SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 05.

No polo oposto dos heróis estão os soldados, que se caracterizam por serem deferentes ao processo político, entendendo como seu dever promover a concretização das normas produzidas pelos poderes politicamente legitimados.³⁰³ Na definição de Lênio Streck, eles “[...] querem concretizar a Constituição, leis e atos governamentais como quem dá cumprimento a ordens superiores, entendendo não lhes competir a redefinição das valorações presentes em tais ordens”.³⁰⁴

Os minimalistas são os prudentes, no sentido de que preferem passos pequenos e cautelosos, construindo gradualmente sobre as decisões e práticas do passado. Eles enfatizam que os seres humanos, e os juízes em particular, têm um estoque limitado de razão. Eles abraçam a ideia de humildade e usam essa ideia não como base para um soldado, mas como uma razão para pequenos passos.³⁰⁵

Quanto ao último perfil, “[...] while Minimalists favor narrow and unambitious rulings, mutes prefer to say nothing at all. Of course no judge can be a consistent or frequent mute, and for that reason, are infrequent players in the constitutional drama”.³⁰⁶

Para o autor, em que pese os perfis não sejam rígidos, podendo ser influenciados pelo direito posto em julgamento, Earl Warren³⁰⁷ pode ser tido como o herói icônico; Oliver Wendell Holmes Jr.³⁰⁸ o icônico soldado; Felix Frankfurter³⁰⁹ o minimalista e Alexander Bickel³¹⁰ fala em nome do mudo.

Ainda nessa linha, Conrado Hübner aduz que duas situações devem ser diferenciadas. Aquela em que o juiz age como um terceiro não interessado (como um

³⁰³ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 10/11.

³⁰⁴ STRECK, Lênio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? In: CIARLINI, Álvaro Luis de A. S (org.). **Clássicos do direito**. Brasília: IDP, 2016. p. 10.

³⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 14/15.

³⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional personae**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. p. 18/19. Em tradução livre: “[...] enquanto os minimalistas favorecem decisões estreitas e pouco ambiciosas, os mudos preferem não dizer nada. É claro que nenhum juiz pode ser um mudo consistente ou frequente e, por essa razão, são atores pouco frequentes no drama constitucional.”

³⁰⁷ De perfil liberal, tanto que a sua Corte, a Corte Warren, é tida como a mais progressista Suprema Corte de todos os tempos.

³⁰⁸ Oliver Wendell Holmes Jr. foi um jurista, advogado, professor universitário, juiz da Suprema Corte e filósofo estadunidense. A frase "Se meus concidadãos quiserem ir para o inferno, eu os ajudarei. É o meu trabalho" bem resume a sua definição como soldado.

³⁰⁹ Felix Frankfurter foi um advogado, professor e jurista Austríaco-Americano, que serviu como Associado de Justiça da Suprema Corte dos Estados Unidos. Frankfurter serviu no Supremo Tribunal de 1939 a 1962, e foi um notável defensor da autorrestrição judicial nos julgamentos do Tribunal. Defendia que o juiz deveria separar as convicções particulares de justiça substantiva do dever funcional na Corte e, por isso, sempre atuou com igual deferência ao legislador tanto conservador como liberal.

³¹⁰ Nos anos de 1952 e 1953, foi assessor de Felix Frankfurter, então juiz na Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1956, começou a lecionar em Yale. Grande expoente das virtudes passivas, ressalta a importância da autocontenção e da moderação por parte dos juízes em relação às questões políticas. Ele defende que os juízes devem se concentrar em interpretar a Constituição de maneira estrita e evitar tomar decisões que extrapolem seu papel no sistema político. Admite, ainda, que juízes deixem de decidir determinados processos se não se sentirem prontos para tanto.

conflito entre particulares) e aquela em que exercer o controle de constitucionalidade. Quanto à segunda:

[...] não há uma autoridade que esteja na condição de terceiro não interessado, que não possa julgar em causa própria. Os efeitos de suas decisões atingem a todos e o desacordo continuará a ser reinante. Portanto, melhor que tal autoridade seja o Parlamento, tanto pelo valor moral que o alimenta, quanto por sua melhor capacidade de alcançar soluções mais balanceadas em face de temas irremediavelmente controversos.³¹¹

E nessa mesma linha Robert Dahl, ao observar a realidade da Suprema Corte americana, notou que ela, diante de uma Constituição recheada de dispositivos obscuros e indecifráveis, constantemente usou do seu poder para impor políticas públicas que nada mais são do que reflexos da ideologia e das preferências da maioria dos seus integrantes.³¹²

Como se vê, em que pese a classificação leve em conta critérios subjetivos, que por vezes oscilam ou podem ser definidos de forma incorreta,³¹³ é um tema que tem sido objeto de estudos recorrentes³¹⁴ e que demonstra que a neutralidade dos Tribunais já não pode ser tida como um dogma.

³¹¹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 90.

³¹² DAHL, Robert *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 42.

³¹³ É essa a crítica que Lênio Streck faz. STRECK, Lênio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? In: CIARLINI, Álvaro Luis de A. S (org.). **Clássicos do direito**. Brasília: IDP, 2016. p. 12-21.

³¹⁴ A pesquisa “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais”, feita pela UNB e realizada por Adriana Leineker Costa, Alexandre Araújo Costa, Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, Clara da Mota Santos, Cristiano Soares Barroso Maia, Felipe Justino de Faria, Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio, João Telésforo Medeiros Filho, Juliana Garcia Barenho, Juliano Zaiden Benvindo, Kelton de Oliveira Gomes, Lara Parreira de Faria Borges e Luciano de Carvalho Villa la realizou uma análise pormenorizada de todas as decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012. Assim, em vez de serem examinados os discursos que avaliam os sistemas de controle, partiu-se para uma análise empírica da prática cotidiana desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. As conclusões do trabalho apontam que, muito mais do que defender os direitos e garantias fundamentais, o controle concentrado de constitucionalidade é um grande instrumento para a defesa de interesses corporativos, explicitando-se, assim, uma clara dissonância entre discurso doutrinário e prática judicial. Vide: COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Disponível em http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/AlexandraCosta-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf. Acesso em: 05 mar. 2023.

3.1.4 Acervo processual

É fato que a positivação de atribuições, ao Supremo Tribunal Federal, que excedem à Justiça Constitucional, dilatou as suas funções para aumentar a sua importância e a desequilibrar, a seu favor, o contrapeso entre os órgãos constitucionais.³¹⁵

Hoje, a Suprema Corte brasileira pode postular³¹⁶ e decretar³¹⁷ intervenção federal/estadual e municipal, além de julgar todas as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal,³¹⁸ sem mencionar os habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão³¹⁹ e o crime político, em recurso ordinário.

Além disso, julga, originariamente, o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território,³²⁰ as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta,³²¹ além da extradição solicitada por Estado estrangeiro.³²² No mais, 03 (três) dos 11 (onze) Ministros são membros natos do Tribunal Superior Eleitoral,³²³ além de o seu presidente funcionar como Presidente do processo de impeachment.³²⁴

Ocorre que essa medida também contribuiu para que a corte fosse sobrecarregada de processos, como se nota do relatório³²⁵ de atividades do Supremo

³¹⁵PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 42, n. 165, p. 59-75, jan./mar, 2005. p. 72. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/228>. Acesso em: 04 jan. 2023.

³¹⁶ Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

³¹⁷ Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

³¹⁸ Artigo 102, III, da Constituição Federal.

³¹⁹ Artigo 102, II, "a", da Constituição Federal.

³²⁰ Artigo 102, I, "e", da Constituição Federal.

³²¹ Artigo 102, I, "e", da Constituição Federal.

³²² Artigo 102, I, "g", da Constituição Federal.

³²³ Artigo 119, I, "a", da Constituição Federal.

³²⁴ Artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

³²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relatório de Atividades do STF de 2022. Brasília: STF, 2023. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4806>. Acesso em: 27 jan. 2023.

Tribunal Federal no ano de 2022. Em síntese, no encerramento do ano judiciário de 2022, consolidaram-se os seguintes dados estatísticos:

– 70.978 processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2022, sendo 21 356 originários e 49.622 recursais. Logo, cada Ministro recebeu 6.452,54.

– O atual acervo do STF alcança 22.257 processos em tramitação;

– 89.951 decisões foram proferidas pela Suprema Corte em 2022, das quais 76.985 monocráticas (86%) e 12.966 colegiadas (14%), além de 3.945 processos julgados nas sessões plenárias. É como se cada Ministro tivesse proferido 8.177 decisões e sido responsável por 358 processos julgados em plenário. Isso corresponde a 681 decisões por mês ou 34,05 por dia, se considerarmos apenas os dias úteis.

– 71.089 processos baixados, numa média de 6.262 por Ministro.

Diante dos dados apresentados, nota-se diversos aspectos relevantes no funcionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2022:

– A quantidade de processos recebidos pelo STF em 2022 indica um volume excessivo de trabalho para 11 Ministros;

– A distribuição dos processos entre originários e recursais demonstra que o STF tem uma atuação marcante tanto em casos de primeira instância quanto em recursos de decisões de instâncias inferiores.;

– A média de 6.452,54 processos recebidos por Ministro revela uma sobrecarga de trabalho, o que pode gerar preocupações quanto à eficiência e à qualidade das decisões proferidas pelos ministros;

– O acervo de 22.257 processos em tramitação indica que, mesmo com a alta quantidade de decisões proferidas, ainda há um volume considerável de processos pendentes de análise e julgamento;

– A proporção entre decisões monocráticas e colegiadas sugere que os ministros estão trabalhando de forma independente na maioria dos casos, o que pode ser extremamente prejudicial;

Assim, considerando as atuais³²⁶ capacidades dos Ministros para obter e processar informações à luz de elementos empíricos, como a quantidade³²⁷ de seus assessores a taxa de congestionamento processual da corte, pode-se cogitar a tese de que se deve adotar uma postura deferente as demais instituições em temas tecnicamente/cientificamente complexos, em razão das suas capacidades.³²⁸

Para além, tem sido comum incluir a gestão administrativa do Poder Judiciário, incluindo a administração de cartórios e casos, como uma perspectiva a ser considerada na análise das capacidades institucionais do Judiciário Brasileiro,³²⁹ porquanto pode gerar graves consequências sociais e abalar a confiança da sociedade no Poder Judiciário, comprometendo a eficácia de suas decisões.

3.1.5 Temas técnicos ou científicos de grande complexidade e o poder do diálogo

Não somos uma academia de Ciência. Essa frase foi proferida pela ex-Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI 3510/DF³³⁰ e bem resume uma premissa para a

³²⁶ E se ressalta que isso é um fenômeno antigo, conforme verificado por Luiz Umpierre de Mello Serra, ainda em 1996: “Em princípio, as críticas relativas à morosidade formuladas ao Poder Judiciário pareciam injustas, se analisadas do ponto de vista do próprio Poder, pois tinham conhecimento das dificuldades encontradas por seus integrantes. A atuação do Judiciário como prestador de serviços era deficiente e deixava de apontar que não eram aplicadas técnicas de gestão. Destacava-se que a maior parte das serventias atuavam acima dos limites de suas capacidades produtivas, sofriam de uma sistemática carência de investimentos em organização, layout e de informática, e as estatísticas exibiam números grandiosos de demanda. Após alguma análise diagnóstica, pôde-se perceber que ocorria manifesta a ausência de uma política pública, clara, transparente, objetiva, de contratação e movimentação de pessoal, de treinamento específico dos servidores para o desempenho de suas atividades, de treinamento para o atendimento ao público, que levasse ao aprimoramento dos serviços prestados, visando torná-los mais simplificados, ao alcance e de fácil compreensão por aqueles de menor preparação técnica ou intelectual.” SERRA, Luiz Umpierre de Mello Serra *apud* GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. **A crise de gestão do Poder Judiciário**: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução. Brasília: ENFAM, 2014. p. 6. Disponível em https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 28 fev. 2023

³²⁷ De 25 a 30.

³²⁸ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das ‘capacidade institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6/50, 2021. p. 23-24. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322?show=full>. Acessado em 15 jan. 2023.

³²⁹ Vide diversos relatórios anuais publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo dos “justiça em números”, relatório anual e relatório de gestão.

³³⁰ É interessantíssimo este trecho: “Senhores Ministros, é indiscutível o fato de que a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, pela delicadeza do tema nela trazido, gerou, como há muito não se via, um leque sui generis de expectativas quanto à provável atuação deste Supremo Tribunal Federal no caso ora posto. Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo. Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana. Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes

análise das capacidades institucionais do Supremo Tribunal Federal. Para além disso, como bem ressaltado por Luís Roberto Barroso:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.³³¹

É por isso que se tem argumentado que o respeito à capacidade institucional dos órgãos técnicos atende a uma necessidade decorrente da enorme complexidade das questões referentes à ciência, que, como é cediço, exigem a utilização de fundamentos e padrões técnico-científicos da medicina/biomedicina/economia que escapam, por razões óbvias, da função dos juízes, que detém expertise para lidar com questões jurídicas.³³²

Ademais, ainda que possa o Poder Judiciário se valer das audiências públicas, é de se salientar que, como são particulares que exporão as suas teses, inegável a existência dos interesses da iniciativa privada,³³³ podendo-se mencionar, por exemplo, os laboratórios farmacêuticos e planos de saúde que atuam no mercado da saúde, além de escritórios de advocacia interessados na judicialização.³³⁴

Ainda, acerca da multidisciplinaridade, assevera Lon Fuller:

originário e reformador propuseram- se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 26 jan. 2023. p. 214.

³³¹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 30. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acessado em 20 mar. 2023.

³³²ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de Melo. Separação dos Poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n.1, p. 83-108, jan./abr. 2018. p. 86. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934/35005>. Acesso em: 27 jan. 2023.

³³³Temos o emblemático caso do “paciente de R\$ 800.000,00”, que foi objeto de reportagem na revista Isto é. Quem indicou a advogada foi o médico responsável pela prescrição do medicamento, que negou vínculos com o fabricante do remédio (Laboratório Alexion), mas recebeu pagamentos para dar aulas a outros médicos acerca do medicamento. Ainda, a advogada indicada recebeu honorários da Associação Brasileira de HPN, uma ONG que recebe apoio financeiro da Alexion. O governo estadual paulista foi obrigado ao pagamento desse tratamento para outros 34 pacientes no ano de 2011, tendo a mesma advogada atuado em 28 desses casos. Vide: <https://www.conass.org.br/o-paciente-de-r-800-mil/>. Acesso em: 27 jan. 2023.

³³⁴ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de Melo. Separação dos Poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n.1, p. 83-108, jan./abr. 2018. p. 87. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934/35005>. Acesso em: 27 jan. 2023.

Os direitos sociais e econômicos manifestam de maneira clássica todas as características das pretensões policêntricas e demonstram a total falta de aptidão do Judiciário para encontrar um meio justo de distribuir os recursos do Estado (...) O fato de haver tantas maneiras diferentes e igualmente legítimas de organizar a assistência médica, a moradia, a educação etc. – no que diz respeito ao tipo de serviço, para quem e por quanto tempo – significa que o processo judicial não é adequado para resolver demandas desta espécie, e o fato de tantos outros poderem fazer reivindicações conflitantes pelos fundos em disputa significa que tampouco os tribunais são adequados. Há tantas causas em que os governos podem gastar dinheiro, bem como tantos indivíduos e grupos, que qualquer decisão tomada por um tribunal será arbitrária e incompleta.³³⁵

E corroborando o que aqui foi dito, Bruce Ackerman salienta que a especialização das funções de cada instituição deve levar em conta a sua expertise técnica (racionalização e eficiência), sendo fato que o Poder Legislativo tem significativa capacidade de obter informações de diversas fontes.³³⁶

David Beatty também ressalta que se deve atentar para o fato de que os direitos sociais e econômicos remetem “[...] ao modo como a sociedade distribui seus recursos e manifestam seu caráter de coletividade, atitudes essas atinentes ao povo e seus representantes eleitos, não à elite profissional”.³³⁷ Isso pois a sua efetivação exige conhecimento técnico e orçamentário, quanto mais em uma realidade de escassez de recursos, o que foge da competência do Poder Judiciário.³³⁸

Nesse quadro, a falta de especialização dos parlamentares é compensada por equipes de assessoramento composta por servidores públicos,³³⁹ que colaboram nos

³³⁵FULLER, Lon *apud* BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 226-227.

³³⁶ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

³³⁷BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 225.

³³⁸AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 172

³³⁹Acerca da essencialidade do serviço de assessoramento, ressalta Mozart de Paiva que ele tem como objetivo: “[...] suprir as deficiências inerentes a um colegiado de parlamentares, cujas experiências profissionais e formação sociocultural refletem, individualmente, a própria pluralidade da democracia representativa. Quanto mais complexa a atividade legislativa (...) maiores serão as exigências de racionalidade e especialização que somente o assessoramento técnico pode propiciar.” PAIVA, Mozart *apud* COCCO JUNIOR, José Guimar; FANTUCCI, Simone. A Capacidade técnica do Poder Legislativo: o papel das consultorias institucionais legislativas. **Revista do Parlamento Paulistano**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 124–157, 2012. p. 136. Disponível em: <https://Parlamentoesociedade.emnuvens.com.br/Parlamentopaulistano/article/view/135>. Acesso em: 3 mar. 2023.

estudos e na redação dos textos submetidos à análise, conferindo melhores capacidades institucionais para que o Parlamento possa buscar soluções efetivas para esses temas.³⁴⁰

Por fim, restou verificada:

[...] uma tendência entre os Legislativos mais institucionalizados de adoção de estratégias de desenvolvimento de capacidades técnicas em áreas estratégicas de atuação governamental, como o planejamento orçamentário. Isso reflete uma preocupação crescente dos Legislativos com o impacto das assimetrias de informação sobre o seu Poder de agenda e de controle. Tais assimetrias, no presente, decorrem não somente do fortalecimento dos demais poderes no processo governamental, mas também de mudanças nos paradigmas da gestão pública.³⁴¹

Nessa linha, em palestra proferida, o Ministro Luiz Fux observou que, muitas vezes, chegam ao Judiciário questões tecnicamente complexas, que transcendem sua capacidade institucional. Como exemplo, mencionou a lei que alterou o Código Florestal, que passou por 70 audiências públicas no Congresso, com a participação dos maiores cientistas brasileiros que tratam do tema. Nesses casos, ele considera que o ideal é que, não havendo domínio técnico sobre o tema, não se deve decidir, uma nova ideia de que as cortes passem a ter a “virtude passiva de decidir não decidir”.³⁴²

3.1.6 Desacordo morais razoáveis: a dignidade da legislação

Hoje em dia, todo filósofo político tem sua própria teoria de justiça e nos deleitamos com o fato de que nenhuma coincide com outra.³⁴³ Essa frase é de Jeremy Waldron, tido como um dos maiores críticos ao *judicial review* e, conseqüentemente, da tese de Dworkin de que direitos são trunfos das minorias. Na sua obra *Law and*

³⁴⁰ CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo**: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 15.

³⁴¹ INÁCIO, Magna *apud* COCCO JUNIOR, José Guimar; FANTUCCI, Simone. A Capacidade técnica do Poder Legislativo: o papel das consultorias institucionais legislativas. **Revista do Parlamento Paulistano**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 124–157, 2012. p. 137. Disponível em: <https://Parlamentoesociedade.emnuvens.com.br/Parlamentopaulistano/article/view/135>. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal do Supremo Tribunal Federal: Ministro Luiz Fux fala sobre desafios do excesso de judicialização em palestra em SP, 2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=491932&ori=1>. Acesso em: 27 jan. 2023.

³⁴³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 60.

*Disagreement*³⁴⁴, Waldron cita esta passagem de Thomas Hobbes para introduzir a sua ideia:

And when men that think themselves wiser than all others clamour and demand right reason for judge, yet seek no more but that things should be determined by no other men's reason but their own, it is as intolerable in the society of men as it is in play, after trump is turned, to use for trump on every occasion that suit whereof they have most in their hand.³⁴⁵

Isso ocorre porque, para ele, se há desacordos sobre determinados direitos, eles não podem ser usados como trunfos. Antes disso, a definição deve se dar por meio de procedimentos que não pressuponham que já os definimos. Em outras palavras: direitos não podem servir de trunfos sobre procedimentos majoritários se as pessoas discordam³⁴⁶ com relação a quais são e como se materializam esses direitos básicos.³⁴⁷

Na sequência, usa uma citação de Kant³⁴⁸ para afirmar que sustentar uma visão de justiça ou direito é sustentar uma visão sobre quais atos deve receber uma resposta adequada com força.³⁴⁹ Assim, a coerção estatal é justificada quando é usada contra uma ação que erroneamente se imiscui ou interfere na liberdade externa de outro, de modo que “[...] se as pessoas discordam quanto a quais ações erroneamente

³⁴⁴WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University, 2004. Novamente se faz necessário ressaltar, assim como quando se abordou Dworkin, que apenas o viés da crítica de Waldron ao *judicial review* é que será analisada.

³⁴⁵WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University, 2004. p. 7. Em tradução livre: “E quando os homens que se acham mais sábios do que todos os outros clamam e exigem a razão correta (reta) para julgar, objetivam nada mais senão que as coisas sejam determinadas não pela razão de outros homens, mas pela sua própria, e isso é tão intolerável na sociedade dos homens quanto é em jogo, depois de escolhido o trunfo (naipes que prevalece em relação as outras), em todas as ocasiões subsequentes usar como trunfo aquela série de que se tem mais cartas na mão.”

³⁴⁶ Eis um dos exemplos do autor: “Os membros de uma comunidade podem estar divididos quanto à questão de determinar se um testador deve ter poder, como Lear, para excluir um filho vivo do usufruto de sua propriedade. Alguns cidadãos, celebrando a liberdade testamentária, dizem que sim: afinal, é a propriedade dele, e deve ser transmitida conforme os seus desejos. Outros dizem que não: uma vez morto, a importância de respeitar suas preferências diminui em comparação com a importância de assegurar o bem-estar de seus dependentes. (...) Como discordamos quanto a qual posição deve prevalecer (...) precisamos de um processo – um processo político – para determinar qual deve ser essa posição.” WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 43/44.

³⁴⁷MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 254/255.

³⁴⁸Esta: “A experiência nos ensina a máxima de que os seres humanos agem de maneira violenta e malevolente e que tendem a lutar entre si até que sobrevenha uma legislação coerciva externa (...) Assim, a primeira decisão que o indivíduo é obrigado a tomar, se não deseja renunciar a todos os conceitos de direito, será adotar o princípio de que devemos abandonar o estado de natureza, no qual todos seguem os próprios desejos, e unirmo-nos a todos os outros para submetemo-nos à **coerção externa, pública e lícita**.” [destaque nosso] KANT, Immanuel *apud* WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 50/51.

³⁴⁹O autor usa força como coerção.

impedem a liberdade e quais não, então, segundo Kant, elas já estão discordando quanto às ocasiões em que a força pode ser usada”.³⁵⁰ Do contrário, viveríamos como no estado de natureza, cada um agindo à sua “justiça”.³⁵¹

Ainda, Waldron se vale de Aristóteles³⁵² para discorrer acerca da “doutrina da sabedoria da multidão”, argumentando que o povo, atuando como um corpo, é capaz de tomar decisões melhores reunindo o seu conhecimento, a sua experiência, do que qualquer membro individual, por mais excelente e capaz que ele seja,³⁵³ especialmente em questões complexas, dado o seu caráter multifacetado.

E isso se deve especialmente em relação à fala,³⁵⁴ marca da natureza política do homem pois ela é o meio em que a política ocorre – e isso apenas se dá em um ambiente de pluralidade, cada um contribuindo para a conversação com algo que os outros não teriam alcançados isoladamente.³⁵⁵

Também o utilitarismo³⁵⁶ de John Stuart Mill é invocado ao se afirmar que, quando muitos se reúnem para tomar uma decisão, acabam descobrindo como o bem-estar de cada pessoa pode ser afetado pelo assunto, estando, assim, coletivamente³⁵⁷ em

³⁵⁰WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 64.

³⁵¹Interessante também ressaltar este trecho, de Thomas Hobbes: “O juiz subordinado deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que a sua sentença esteja em conformidade com ela e, nesse caso, seja a sentença do soberano; do contrário, será a sua sentença e, portanto, injusta”. HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 215.

³⁵²Esta: “Há também uma dúvida quanto ao que deve ser o poder supremo no Estado – é a multidão? Ou os ricos? Ou os bons? Ou o melhor homem? Ou um tirano? Qualquer dessas possibilidades parece envolver consequências desagradáveis.(...) Pois os muitos, entre os quais cada indivíduo não é um homem bom, quando se encontram, podem ser melhores do que os poucos bons, se considerados não individual, mas coletivamente (...) Portanto, os muitos são melhores juízes do que um único homem de música e poesia, pois alguns compreendem uma parte e alguns outra, e, entre si, eles compreendem o todo” [destaque nosso] ARISTÓTELES *apud* WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 113/114.

³⁵³Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 115.

³⁵⁴Eis outro trecho de Aristóteles utilizado pelo autor para introduzir a sua ideia: “Ora, que o homem é um animal político mais do que as abelhas ou outros animais gregários é evidente. A natureza, como muitas vezes dizemos, não faz nada em vão, e o homem é o único animal que tem o dom da fala (...) o poder do discurso destina-se a expor o conveniente e o inconveniente e, portanto, da mesma maneira, o justo e o injusto” ARISTÓTELES *apud* WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 141.

³⁵⁵WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 141.

³⁵⁶ Em apertada síntese, o utilitarismo, segundo Jeremy Bentham: o governo deve ter como objetivo potencializar o prazer da maioria, diminuindo a “dor” do todo. Já Stuart Mill sustenta um utilitarismo qualitativo: há uma hierarquia de prazeres. Ainda, menciona bem jurídicos individuais que devem ser obrigatoriamente preservados.

³⁵⁷Eis o exemplo do autor: “Um mercador pode não perceber o quanto certa medida, que ele está inicialmente inclinado a apoiar, pode prejudicar a situação dos fazendeiros, até que ele o saiba pela boca dos próprios fazendeiros”. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

melhor situação para realizar um juízo acerca da utilidade social geral.³⁵⁸ Assim, a coletividade³⁵⁹ também é “melhor juiz” em questões de valor, de princípios.³⁶⁰

Além disso, ele aduz que, em que pese sequer se tenha desenvolvido uma teoria normativa da legislação³⁶¹ que pudesse servir de base para criticar ou disciplinar a incapacidade do Legislador,³⁶² o Poder Legislativo é tido como uma atividade baseada em “[...] negociatas, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios”.³⁶³ E isso, segundo Waldron, é feito para dar credibilidade³⁶⁴ à ideia do *judicial review* e silenciar todas as críticas que envolvem a tomada de decisões contramajoritárias pelo Poder Judiciário.³⁶⁵ Há, portanto, uma sacralização, com argumentos em abstrato, da figura do Magistrado.³⁶⁶

Assim, para Jeremy Waldron as Constituições devem ser a base para as deliberações, sendo, portanto, papel seu fortalecer as deliberações políticas e os governos.³⁶⁷ Logo, enquanto Stephen Holmes³⁶⁸ pensa que a constituição fortalece a

³⁵⁸WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

³⁵⁹ Ele também se vale do pressuposto fundamental da metaética de Aristóteles: “É melhor prosseguir rumo a conclusões verdadeiras examinando as visões e as opiniões existentes que ouvimos do que prosseguir inteiramente *a priori*.” WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

³⁶⁰WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 129.

³⁶¹E é interessante se ressaltar que a decisão majoritária remonta à Grécia antiga, em que pese pouco tenha sido escrito, comparado com a *judicial review*, por exemplo: “Acho notável na nossa tradição como se discutiu pouco com continuidade o princípio da decisão majoritária – refiro-me a uma discussão contínua de sua natureza, sua base e sua justificativa” (...) O argumento, então, é que o princípio majoritário é obvio demais para exigir qualquer gasto de energia filosófica?”. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 151/153.

³⁶²Na mesma linha, esta advertência de Conrado: “A prática da representação envolve muitos aspectos controversos mal resolvidos pela teoria política. Debajo de significativo consenso sobre quais são as instituições representativas e o papel central das eleições, há um grande desacordo sobre o que significa, afinal, “representar”, e quais são os deveres do representante. Várias possibilidades aparecem: atender aos interesses expressos de seus eleitores; seguir a opinião pública; buscar descobrir o que seus eleitores decidiriam se estivessem na posição privilegiada do parlamento, com a riqueza de informações e de debates ali disponíveis; tentar entender os interesses genuínos e autênticos de seus eleitores, mesmo que seja necessário ir contra os desejos expressos deles; atender ao melhor interesse de toda a sociedade e buscar as melhores respostas por meio de deliberação sincera etc.” MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 81.

³⁶³WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 02.

³⁶⁴De forma irônica, ele afirma: “O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um lugar mais adequado para solucionar questões desse caráter.” WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 05.

³⁶⁵WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 02.

³⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juizes? In: CIARLINI, Álvaro Luis de A. S (org.). **Clássicos do direito**. Brasília: IDP, 2016. p. 08.

³⁶⁷WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John. **Contemporary Debates in Political Philosophy**. Malden: Blackwell Publishing, 2009. p. 273.

³⁶⁸ O constitucionalismo é delineado por Stephen Holmes a partir de dois aspectos complementares, a saber: a retirada de alguns temas do debate político (gag rules) e a autovinculação (self-binding). Vide:

democracia justamente porque restringe e limita o debate político, Waldron defende que a constituição pode fortalecer a democracia desde que não seja colocada como algo que restringe e limita a discussão e deliberação sobre os temas em desacordo.

Em outra linha, aduz que não estamos diante de um modelo jurisprudencial que seja capaz de dar sentido normativo à legislação como uma forma genuína de direito, da autoridade que ela reivindica e das exigências que faz aos outros atores de um sistema jurídico.³⁶⁹ Daí por que um funcionário público³⁷⁰ deve aplicar ou obedecer uma lei mesmo quando ela seja contra os seus interesses ou o seu senso de justiça, uma vez que, se essa lei existe, é um indício de que “alguém” foi a favor dela; do contrário, retornaríamos à situação em que cada pessoa age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom ou correto.³⁷¹

Consequentemente, não se pode resolver problemas de democracia de formas antidemocráticas, ainda que a resposta seja correta, porquanto o procedimento é uma questão, também, de democracia.³⁷²

Eis um trecho que bem representa a ideia:

When citizens or their representatives disagree about what rights we have or what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian processed, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges do their decision, too, in the courtroom by majority voting. The citizens may well feel that is disagreements on these matter are to be steled by bouting heads, then it is their head or those of their accountable representatives that should be counted.³⁷³

HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: J. Elster / R. Slagstad (Orgs.), **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, p. 19-25.

³⁶⁹ WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 04

³⁷⁰O autor ussa essa expressão.

³⁷¹WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44/45.

³⁷²MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 260.

³⁷³WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University, 2004. p. 15. Em tradução livre: “Quando os cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos nós temos ou o que esses direitos implicam, parece um insulto dizer que isso não é algo que eles devem resolver pelo processo majoritário, mas que a questão deve ser atribuída em vez de determinação final para um pequeno grupo de juízes. É particularmente ofensivo quando eles descobrem que os juízes discordam entre si exatamente da mesma forma que os cidadãos e representantes, e que os juízes também tomam suas decisões no tribunal por maioria de votos. Os cidadãos podem muito bem sentir que se as divergências sobre esses assuntos devem ser resolvidas por confrontos, então é a cabeça deles ou de seus representantes responsáveis que deve ser contada.”

Ademais, a natureza dialógica e argumentativa do Parlamento é uma característica que deve ser ressaltada como uma capacidade institucional positiva para a definição dos desacordos morais. É fato que desde os primórdios da humanidade, os seres humanos sempre viveram em grupos sociais e, nesse contexto, estabeleceram relações de poder, tanto entre indivíduos quanto entre grupos. Essas relações são resultados das diferenças entre as pessoas em termos de interesses, necessidades, valores e habilidades, o que pode levar a conflitos e disputas por recursos e influência. E, ao longo da história, essas relações de poder foram se tornando cada vez mais complexas e institucionalizadas, levando ao desenvolvimento de sistemas políticos, econômicos e sociais que moldam a vida em sociedade e de instituições, a exemplo do Poder Legislativo.³⁷⁴

John Locke³⁷⁵ já afirmava que “[...] é no seu legislativo que os membros de uma comunidade são unidos e combinados em um corpo vivo coeso. Essa é a alma que dá forma, vida e unanimidade à comunidade”.³⁷⁶

Nessa linha, o Parlamento acaba sendo um espaço privilegiado para o diálogo e a negociação entre diferentes interesses e visões de mundo e, em razão das relações dialógicas e argumentativas que ali são travadas dia a dia, porquanto permite que temas complexos sejam discutidos em profundidade e que sejam encontradas soluções que levem em conta as mais diversas perspectivas.³⁷⁷

Aqui, também se pode mencionar a doutrina da deferência (*intelligible principles doctrine*), que advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a

³⁷⁴ Eis a síntese da ideia: “Esses processos históricos nos levam a concluir que a gênese do Parlamento se deu, num primeiro momento, como uma tentativa de restringir o poder do soberano na iniciativa de tributar, ainda que essa limitação lhe fosse imposta por nobres, sem qualquer apelo popular. Num segundo momento, ela se aperfeiçoa e traz para o seio do Estado, por intermédio da representação e do voto censitário, as populações até então excluídas do poder político. Finalmente, com a implantação do sufrágio universal e a extensão do direito de voto às mulheres e aos analfabetos, o Parlamento passa a ser, de fato, o cerne e o símbolo maior da democracia representativa, tanto que hoje não se compreende a existência de um país democrático sem um Parlamento livre e soberano. Isso, porque o exercício solitário do poder tende para o autoritarismo e para a tirania, enquanto seu compartilhamento permite o livre debate das idéias e a maior participação do povo nas decisões de Estado. Parlamento e democracia estão, pois, umbilicalmente ligados.” JÚNIOR, Elton E. Polveiro. *Desafios e perspectivas do Poder Legislativo no século XXI. Textos para Discussão – Consultoria Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v. 30, p. 1-46, 2006. p. 09. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-30-desafios-e-perspectivas-do-poder-legislativo-no-seculo-xxi>. Acesso em: 03 mar. 2023.

³⁷⁵ Ele não admitia a hipótese de um corpo adicional rever as decisões majoritárias da legislatura.

³⁷⁶ LOCKE, John *apud* WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 79.

³⁷⁷ JÚNIOR, Elton E. Polveiro. *Desafios e perspectivas do Poder Legislativo no século XXI. Textos para Discussão – Consultoria Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v. 30, p. 1-46, 2006. p. 31. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-30-desafios-e-perspectivas-do-poder-legislativo-no-seculo-xxi>. Acesso em: 03 mar. 2023.

Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.³⁷⁸ Em outros termos: o modelo majoritário preconiza que os tribunais concedam o benefício da dúvida para os poderes eleitos em temas em que haja desacordo morais razoáveis.³⁷⁹

3.2 POSSÍVEIS EFEITOS SISTÊMICOS

No que diz respeito à opção política de se permitir a definição de desacordos morais razoáveis pelo Poder Judiciário, já advertia Calmon de Passos que a “[...] juridificação das relações sociais e a judicialização de sua aplicação, sem a democratização da sociedade, mascara um retrocesso assustador”.³⁸⁰ Essa definição ainda pode ser tida como uma descrição da “República de juízes” de Mauro Cappelletti,³⁸¹ porquanto se corre o risco da despolitização da sociedade (cidadãos de segunda classe), que apostam, cada vez mais, no paternalismo jurídico,³⁸² terminando por causar, conforme

³⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Ano 10, n. 42, 99-104, Belo Horizonte, out.-dez. 2010. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/317/176>. Acesso em: 30 jan. 2023.

³⁷⁹ SUNSTEIN, **Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005, p. 50.

³⁸⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 63-64.

Este trecho também é salutar: “Impensável e ideologicamente perverso imaginar o magistrado como um agente político vocacionado para se contrapor ao poder político e ao poder econômico ou conformá-los. Parece, portanto, que há um dilema intransponível ou impossível de solução a se pretender dar ao magistrado o poder de submeter o poder político e o econômico. O magistrado desempenha sempre o papel que lhe é adequado em função de como se organiza politicamente a sociedade e do processo de produção que foi institucionalizado. O Poder Judiciário só pode atuar a nível micro e nestes termos seu agir se assemelha à esmola que antigamente se dava, toda sexta ou sábado, não me lembro bem, aos mendigos que batiam a nossa porta: um pãozinho de Santo Antonio e uma xícara de farinha. Engana a fome, mas não elimina a mendicância. O que há de grave no ativismo judicial é que ele dá a esmola não desfalcando seu patrimônio, mas o do povo brasileiro, porquanto, penalizando a empresa, ou a inviabiliza ou ela transfere o ônus para o consumidor; e penalizando o Estado, penaliza o contribuinte, que é dele o dinheiro que diz público e que por isso mesmo é descuidado às vezes criminosamente”. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 66.

³⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999. p. 36-39.

³⁸² CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 81, p. 103-126, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Bruno+de+Sa+Barcelos+Cavaco.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

bem observado por Celso Fernandes Campilongo, a crise³⁸³ da representação política que estamos vivenciando nas últimas décadas.

Não por outro motivo, Luiz Wenerck Vianna sustenta que “[...] a igualdade, ao reclamar mais Estado em nome de uma Justiça distributiva, não somente enredara a sociedade civil na malha burocrática, como favorecera a privatização da cidadania”.³⁸⁴ O recurso fácil à revisão judicial acabaria por diminuir a capacidade e responsabilidade políticas do povo.³⁸⁵

E se pode afirmar que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 20, ao afirmar que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, além de que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas, impõe a análise dos efeitos sistêmicos. Ainda, isso é reforçado nos artigos 21³⁸⁶ e 22.³⁸⁷

Acerca da despolítica da sociedade, aduz Antoine Garapon:

O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando

³⁸³A observação de Conrado Hübner também vai nessa linha: “A constituição, assim, passa a ter um único centro de gravidade, um único guardião. Os outros atores políticos vão testando impunemente os seus limites. Nenhuma condenação moral recai sobre eles porque, afinal, não têm a responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Deferem, comodamente, o escrutínio constitucional ao tribunal e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero.” MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 05.

³⁸⁴ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

³⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 161.

³⁸⁶Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

³⁸⁷ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. **Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso.**³⁸⁸ (grifou-se)

Em virtude disso se tem afirmado que o Poder Judiciário é, atualmente, a última instância moral da sociedade³⁸⁹. E Gilberto Bercovici, alertando para os riscos disso, aduz que “[...] quanto mais a Constituição se torna objeto de interpretação do tribunal, mais a política democrática e partidária abandona o terreno da Constituição”.³⁹⁰

Também Habermas adverte para a judicialização excessiva, ao ressaltar a necessidade de fluxos comunicacionais e “influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos”³⁹¹ e a necessidade de “institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, a seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”.³⁹²

Assim, com o objetivo de proteger os espaços públicos e garantir o processo democrático – cidadão ativo, não cliente-, a proposta procedimentalista restringe as competências dos Tribunais constitucionais, porquanto a jurisdição apenas alcançará a sua “[...] legitimidade quando está em conformidade com a lei, que por sua vez, será legítima quando perseguir um processo legislativo constituído e democrático que não está reservado aos órgãos jurisdicionais”.³⁹³

Igualmente, acerca dos efeitos sistêmicos do *judicial review*, argumenta Jeremy Waldron:

Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar as questões reais em

³⁸⁸GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 24.

³⁸⁹Acerca dela: “O cerne da teoria procedimentalista habermasiana, está na autonomia de indivíduos que ao se reconhecerem como iguais numa comunidade jurídica tornam-se autores de seus direitos e não se resumem a destinatários do bem-estar. Dessa fórmula que decorre a legitimidade do direito como vinculada a autonomia pública e privada do cidadão, associando o direito legítimo à democracia.” WACHELESKI, Marcelo Paulo. **A judicialização das relações sociais e políticas**: uma análise a partir do pensamento de Hannah Arendt. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2007. p. 98.

³⁹⁰BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 326.

³⁹¹HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021. p. 186.

³⁹²HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021. p. 190.

³⁹³WACHELESKI, Marcelo Paulo. **A judicialização das relações sociais e políticas**: uma análise a partir do pensamento de Hannah Arendt. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2007. p. 99.

jogo quando cidadãos discutem sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: a privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos.³⁹⁴

Então, um dos efeitos sistêmicos³⁹⁵ seria o esvaziamento das prerrogativas do Poder Legislativo, na medida em que haveria a “interdição” da política, com o controle de constitucionalidade substituindo o voto e a técnica substituindo a democracia. O Poder Judiciário passar a ser, então, o tutor da Constituição Federal, não tendo o bicameralismo Câmara revisora, mas duas casas propositoras, com a revisão sendo exercida por outro Poder.³⁹⁶

Por outro lado, a favor da opção política do *judicial review*, costumam-se citar diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que protegeram grupos sociais vulneráveis despidos de forte representação política, a exemplo do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo³⁹⁷ a liberação do aborto em fetos anencéfalos,³⁹⁸ o reconhecimento do direito de pessoas transgênero alterarem o nome e o gênero em seus documentos, sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual ou decisão judicial prévia de identidade de gênero³⁹⁹ e o caso Raposa Serra do Sul.⁴⁰⁰ Também, a decisão que garantiu a transexuais e travestis presos o direito de cumprir

³⁹⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 98.

³⁹⁵ Antonio Bigonha e Luiz Moreira ainda apontam outros 02 (dois): “(1) no plano federal, o presidente da República deixa de ser o chefe de Estado, sendo apenas chefe de governo e assim se repete a dicotomia entre técnica e política, de modo que o Estado passa a ser dirigido pelos técnicos e o governo, pelos políticos. Por conseguinte, o Estado passa a ser inDisponível para os cidadãos, de modo que o Estado democrático se converte em Estado corporativo. Essa é a razão do movimento no serviço público que pretende transformar carreiras organizadas em carreiras de Estado, pois assimelas se imunizam ante a democracia e anto o madato do Presidente. (2) como há a subordinação da democracia à técnica, o Estado brasileiro, que deveria ser governado pela Política, pela Democracia, passa a ser tutelado pela burocracia e pelas sentenças, de modo que o orçamento e o programa de governo ficam subordinados às suas decisões.” BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 05.

³⁹⁶ BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 04.

³⁹⁷ STF, ADPF 132, DJ, 14/10/2011.

³⁹⁸ STF, ADPF 54, DJ 12/04/2012.

³⁹⁹ STF, ADI 4275, DJ 07/08/2019.

⁴⁰⁰ STF, Pet 3.888, DJ 25.09.2009.

pena em estabelecimento compatível com sua identidade de gênero⁴⁰¹ e o reconhecimento da inconstitucionalidade da proibição de doação de sangue por homens gays.⁴⁰² Não há dúvidas de que, nesses casos, os efeitos sistêmicos das decisões colaboraram para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, fazem-se necessárias algumas considerações no que diz respeito aos efeitos sistêmicos advindos de decisões tomadas em relação a temas técnicos ou complexos.

Considere-se um julgamento que tenha como objeto a reforma trabalhista. Sob essa abordagem, algumas pessoas, sem dúvida, concluiriam que o Supremo Tribunal Federal deveria limitar o poder dos empregadores de dispensar funcionários, eventualmente criando, talvez, um direito a ser despedido apenas por motivos relacionados com o trabalho. E outras pessoas, sem dúvida, entenderiam de forma diversa, mas ambos argumentando com base em argumentos abstratos.

Nesse exemplo, Cass e Adrian argumentam⁴⁰³ que os juízes podem não saber o que estão fazendo. No mercado de trabalho, por exemplo, alguns observadores sugerem que as dispensas arbitrárias são realmente raras e que o direito de ser dispensado apenas por razões relacionadas ao trabalho não protegeria realmente os funcionários mercedores, mas aumentaria o litígio sem mérito, com os funcionários sendo as vítimas (por meio de salários reduzidos ou emprego). Por um lado, a garantia de direitos trabalhistas pode ser vista como uma forma de proteger os trabalhadores e promover a justiça social.⁴⁰⁴

Contudo, é fato que uma decisão desse alcance⁴⁰⁵ produz fortes impactos sistêmicos que afetarão a economia, a competitividade das empresas e a criação de empregos.⁴⁰⁶ E, no exemplo citado, não se pode esquecer os impactos de longo prazo.

Por conseguinte, em temas complexos, decisões bem fundamentadas, embasadas em estudos técnicos e amplamente discutidas com a sociedade, podem levar a mudanças positivas e transformações sociais importantes. Por exemplo, políticas

⁴⁰¹ STF, ADI 5.543, DJ 11/05/2020.

⁴⁰² STF, ADPF 527, DJ 15/09/2021.

⁴⁰³ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 945-946.

⁴⁰⁴ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. p. 946-947.

⁴⁰⁵ Aqui, pode-se mencionar as decisões do STF que decretaram a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei n.º 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.

⁴⁰⁶ ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito & economia, análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3.

públicas eficientes para a promoção da educação, saúde e assistência social podem melhorar a qualidade de vida dos cidadãos e reduzir desigualdades sociais. Por outro lado, decisões mal planejadas ou tomadas sem o devido diálogo com a sociedade podem gerar efeitos negativos, como a violação de direitos fundamentais, a precarização do trabalho, o aumento da desigualdade, a degradação ambiental, entre outros. Esses efeitos podem ser de longo prazo e difíceis de reverter, prejudicando não apenas as gerações atuais, mas também as futuras.⁴⁰⁷

Isso exposto, passa-se à análise da teoria dos diálogos institucionais, a fim de se verificar, ao final, se a função interpretativa da Constituição Federal também deve ser realizadas pelos demais Poderes e a sociedade civil, envolvendo uma efetiva e permanente interação.

⁴⁰⁷PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 6-10.

4 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Após examinar várias teorias constitucionais e estudos que são feitos das capacidades institucionais dos Poderes,⁴⁰⁸ David Beatty concluiu que houve uma evolução significativa, tornando nossa compreensão da ordem jurídica mais refinada do que nunca. No entanto, o impasse persiste, pois cada nova contribuição teórica é excludente de todas às anteriores, mantendo a estagnação⁴⁰⁹ na busca por uma teoria que justifique a decisão de conferir tanto poder a um Poder ou outro.⁴¹⁰

Por um lado, a separação de poderes e a implementação de direitos pela via judicial são elementos indispensáveis da democracia liberal, porque garantem que o legislador e o executivo não estão a agir *ultra vires*⁴¹¹. Por outro lado, se a revisão judicial evolui de modo que o poder político em seu disfarce judicial seja limitado apenas por uma constituição cujo significado os tribunais definem, então o poder judicial, que anteriormente atuava como uma restrição, não é mais limitado por limites constitucionais. O aparente paradoxo aqui é que, em nome do constitucionalismo liberal, a opção excludente da revisão judicial ativa pode destruir o direito político mais importante que os cidadãos nas democracias liberais possuem: o direito à participação e ao autogoverno.⁴¹²

Esse binarismo⁴¹³ é tido como a armadilha maniqueísta do tudo ou nada, que esquece que entre o branco e o preto sem atentar para as zonas cinzentas intermediárias que compõem a complexa diversidade cromática existente entre esses extremos.

Concernente ao equívoco de se optar por uma opção excludente, Conrado Hübner:

⁴⁰⁸Teorias do contrato (originalismo), do processo (John Hart Ely) e moral (Ronald Dworkin). BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 09-59.

⁴⁰⁹Como ressalta Conrado Hübner: “Os excessos da teoria normativa, como vimos, produziram apoteoses da última palavra, batalhas imaginárias entre o juiz heroico e o legislador moralmente decaído, ou entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador virtuoso e exemplar. Em outro nível, enxergou-se também um conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, entre maiorias e minorias etc”. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 168.

⁴¹⁰BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 09-59.

⁴¹¹ Em tradução livre: “Sem autoridade”.

⁴¹²HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. **University of Tichmond Law Review**, volume 34, p. 415-441, 2000. p. 419-420. Disponível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2386&context=lawreview>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁴¹³Tudo ou nada.

Não se propõe uma receita pronta e abstrata sobre o modo correto de interação das instituições, pois ela não tem como existir. É um esforço teórico infrutífero. Mais importante é encontrar critérios que permitam avaliar a legitimidade de cada instituição, caso a caso. O desafio é demonstrar que, apesar de a expertise ser variável importante no desenho institucional, no que diz respeito a direitos, o argumento epistêmico pela supremacia de qualquer instituição é indesejável. A minimização do erro não decorre tanto de uma instituição ou de outra, mas de sua interação deliberativa e da busca pelas melhores razões públicas, tanto por Parlamentos quanto por cortes. Assim, pode-se potencializar a capacidade epistêmica da democracia sem negar a falibilidade das instituições.⁴¹⁴

Ran Hirschl, “especulando”⁴¹⁵ acerca do motivo de se optar por uma opção excludente, quando há outras inclusivas, aduz que o empoderamento judicial por meio da constitucionalização e supremacia judicial é parte integrante de um processo mais amplo, pelo qual elites políticas, econômicas e culturais hegemônicas, mas ameaçadas, cada vez mais, optam por amarrar as mãos para isolar a formulação de políticas das vicissitudes da política democrática, transferindo gradualmente a autoridade de tais fóruns para instituições semiautônomas, relativamente isoladas, profissionais e aparentemente imparciais, como tribunais superiores nacionais, bancos centrais, organizações comerciais transnacionais e tribunais supranacionais.

Em outras palavras, a crescente intromissão judicial nas prerrogativas do legislativo e do executivo pode fornecer uma solução institucional eficiente para grupos influentes que buscam preservar sua hegemonia e que, ameaçados por uma erosão de seu apoio popular, podem encontrar desvantagens estratégicas em continuar aderindo aos processos de tomada de decisão majoritários.⁴¹⁶

Adicionalmente, Hirschl argumenta que é inegável que o uso excessivo e indistinto da linguagem dos direitos constitucionais resultou, em algumas ocasiões, em um individualismo quase narcisista e irresponsabilidade na vida social e política dos Estados Unidos. Isso contribuiu para dividir a sociedade americana em grupos humanos isolados e egoístas.⁴¹⁷

⁴¹⁴MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 165/166.

⁴¹⁵Em aspas pois o autor utiliza essa expressão.

⁴¹⁶HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. **University of Tichmond Law Review**, volume 34, p. 415-441, 2000. p. 433/435. Disponível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2386&context=lawreview>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁴¹⁷HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. **University of Tichmond Law Review**, volume 34, p. 415-441, 2000.

No mais, as instituições estão sujeitas à falibilidade, mesmo quando se aplicam os mais cuidadosos e eficientes procedimentos. O filósofo político Rawls designou tal fatalidade como "justiça procedimental imperfeita". Dessa forma, a disputa pela "última palavra" não passaria de uma contenda em torno do direito de errar por último⁴¹⁸.

Nessa linha, têm⁴¹⁹ surgido questionamentos acerca de como equilibrar a tensão existente entre os Poderes Judiciário e Executivo e Legislativo sem a pretensão de exclusão, com o fim último de proteger o princípio democrático, os direitos fundamentais e o povo.

Louis Fisher, em publicações das décadas de 70 e 80, utilizava o termo "diálogos constitucionais" para abordar o conceito de "colóquio contínuo" (*continuing colloquy*) e de "conversa permanente" (*permanent conversation*) já referidos por Alexander Bickel na década de 60.⁴²⁰ Por sua vez, Bruce Ackerman considera essa imagem como um modo de refletir sobre a separação de poderes americana, especialmente pela ideia de "dualismo constitucional", que varia entre momentos de "política normal" e de "política constitucional".⁴²¹

Assim, passa-se à análise da alternativa não excludente,⁴²² notadamente dos diálogos⁴²³ institucionais (constitucionalismo dialógico), que surge a partir de críticas⁴²⁴ aos modelos das supremacias judicial e parlamentar, tendo como efeito sistêmico, como bem ressalta Bruno de Sá Barcelos Cavaco, a criação de "[...] outros *loci*, ainda que

p. 423. Disponível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2386&context=lawreview>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁴¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 16.

⁴¹⁹ Não que esse questionamento nunca tivesse sido feito (mas há um diferença de intensidade), tanto que Jeremy Bentham, ao criticar a linguagem vaga das normas, aduziu: "Essa linguagem vaga (e fictícia) fazia com que a própria ideia de condicionar a validade da legislação à conformidade do direito positivo a algum padrão ou critério moral transferisse o poder legislativo ao Judiciário, típica receita para a tirania". BENTHAM, Jeremy *apud* MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 95.

⁴²⁰ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 98.

⁴²¹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 98.

⁴²²Essa perspectiva representa uma abordagem bastante relevante para suavizar os desacordos e reconhecer as complementaridades existentes entre distintas concepções, em detrimento da postulação de uma definição intransigente que acarreta a exclusão de alternativas.

⁴²³ Isso será feito com esta premissa em mente: Por o diálogo simbolizar a igualdade, o respeito mútuo e a reciprocidade, há um valor, *a priori*, sedutor.

⁴²⁴Necessário se frisar, novamente: mas sem a pretensão de exclusão.

embrionários, de manifestação da esfera pública, com capacidade de atuação sobre o poder político, conectando o cidadão e suas associações com o Poder Judiciário”.⁴²⁵

Argumentam que o atual modelo de separação de poderes apresenta limitações para lidar com a necessidade de uma atuação cooperativa entre os poderes e uma compreensão mais ampla das atividades institucionais.⁴²⁶ Apontam que, em vez de operarem de forma independente, as atribuições constitucionais devem ser exercidos de forma cooperativa e complementar, para melhor atender às necessidades da sociedade.⁴²⁷

Dada a relevância, Mark Tushnet afirma que a análise dos diálogos se tornou uma característica central no pensamento contemporâneo acerca da jurisdição constitucional.⁴²⁸ Para ele, em que pese o pensamento jurídico clássico veja “borders”⁴²⁹ nítidas entre os poderes e seja obcecado em determinar a autoridade entre tribunais e legislaturas, isso não deve ocorrer, posto que há domínios “wich borders blur”.⁴³⁰

E é importante se salientar que os diálogos institucionais não rejeitam a prática do *judicial review*⁴³¹ ou buscam diminuir a relevância do papel institucional das cortes constitucionais. Ao contrário, buscam apenas desmistificar a tendência juriscêntrica que foi trazida pelo neoconstitucionalismo por meio de um processo de interação entre os três poderes e a sociedade, permitindo que todos eles expressem fraquezas, controlem excessos e, gradualmente, cheguem a um consenso em questões constitucionais.

Almeja-se, assim, uma expansão da interpretação da Constituição Federal para além do âmbito judicial, permitindo que outras instituições também participem e contribuam para o destino constitucional. Isso garante que a responsabilidade constitucional não esteja concentrada em uma única instituição, promovendo uma

⁴²⁵CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 81, jul./set, 103-126, 2021. p. 112. Disponível em <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Bruno+de+Sa+Barcelos+Cavaco.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

⁴²⁶HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. The charter dialog between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997. Disponível em <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>. Acesso em: 05 mar. 2023.

⁴²⁷RANGEL, Henrique; Almeida, Maíra. **Os efeitos sistêmicos na teoria constitucional**. p. 09. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴²⁸TUSHNET, Mark. Dialogue and constitutional duty. **Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper n. 12-10**. Harvard Law School, Cambridge, 1-22, 2016. p. 1-2. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2026555. Acesso em: 05 mar. 2023.

⁴²⁹Para utilizar a expressão do autor. Em tradução livre: “fronteiras”.

⁴³⁰Para utilizar a expressão do autor. Em tradução livre: “nos quais as fronteiras se misturam”.

⁴³¹Em que pese refutem o *strong form judicial review*.

convivência harmoniosa entre o constitucionalismo e a democracia, além de um maior equilíbrio institucional.⁴³²

Sendo assim, para a teoria dos diálogos, a resposta à investigação do problema⁴³³ seria: não. Como afirmado por Rodrigo Brandão, “[...] o sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil”.⁴³⁴ Essa teoria reconhece falibilidades em todas as instituições públicas, ao contrário das da supremacia judicial e parlamentar, que ressaltam as suas virtudes e ocultam as suas imperfeições.

No mais, como se verá, essa nova abordagem de interpretação constitucional se adapta a cada conflito que surge. Dependendo do caso em questão, a Corte pode optar por uma atuação mais proativa ou mais contida, permitindo que o órgão democrático deliberativo tenha mais espaço para tomar decisões. Tudo depende do direito em questão. Portanto, a ideia de supremacia judicial perde seu significado, já que a interpretação passa a ser resultado de uma atuação interativa, em que cada ator constitucional é responsável por uma dimensão na tarefa de preservar a constituição. Admite-se, como uma das formas de diálogos, que uma lei ordinária possa alterar entendimento já consolidado do Poder Judiciário no que diz respeito à interpretação constitucional.

Levando isso em conta, analisar-se-á se, ao invés da supremacia judicial,⁴³⁵ é cabível, no Brasil, a adoção de diálogos constitucionais, que têm como ponto de partida o fato de que nenhuma instância de poder tem a prerrogativa de se assenhorar da Constituição, assumindo o monopólio da sua interpretação.⁴³⁶

Para esse mister, e considerando que a teoria dos diálogos pode ser tida como um gênero, possuidora de várias espécies, abordar-se-ão teorias que aqui se enquadram, tendo em mente que elas não empreendem grandes exigências normativas acerca do tipo ideal de legislador ou juiz, concentrando-se na compreensão do significado da interação entre eles.⁴³⁷

⁴³² RODRIGO, Brandão. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem deve caber a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 255-256.

⁴³³ Necessidade ou não de um intérprete final para a Constituição Federal.

⁴³⁴ RODRIGO, Brandão. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem deve caber a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 256.

⁴³⁵ Já adotada pelo Supremo Tribunal Federal e atualmente em viés de alteração, como se verificará no item 4.4.

⁴³⁶ LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático**: do ativismo ao diálogo constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 224.

⁴³⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 97.

4.1 DIÁLOGOS INTERNOS E EXTERNOS

Para além das variações das distintas teorias do diálogo, dois são os seus principais traços distintivos: a recusa de uma visão centrada e do monopólio judicial ou legislativo na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente moldada por um processo dialógico, no qual todos os atores políticos tenham voz e vez. Além disso, as teorias do diálogo compreendem que a decisão judicial não pode ser tida como o término da linha, mas sim como um momento do processo decisório, que deve ser constantemente revisto e aprimorado, a fim de assegurar a contínua atualização e melhoria da Constituição.

Adota-se,⁴³⁸ para sistematização, as teorias de diálogo no interior da decisão (diálogos internos) e as que veem o diálogo como produto necessário da separação dos poderes (diálogos externos). Dentre as que se encaixam na primeira, abordar-se-á a doutrina das virtudes passivas e o minimalismo judicial. Na segunda, serão tecidas algumas considerações acerca das ponderações de Louis Fisher e abordado o constitucionalismo popular.

4.1.1 Virtudes passivas e minimalismo: diálogos internos

É da dificuldade contra-majoritária que surgem as virtudes passivas. Como regra, uma Corte Constitucional pode tomar duas decisões: conhecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato. Alexander Bickel entende que há uma terceira opção: decidir não decidir, sendo isso a virtude passiva. Assim, a Corte utilizaria do tempo para estimular processos deliberativos na sociedade e no legislativo, antes da decisão final.⁴³⁹

Assim, uma das principais características da prudência, segundo Bickel, é a capacidade de aceitar limitações e de reconhecer a importância das instituições políticas no processo de tomada de decisões. Outra virtude passiva destacada por Bickel é a humildade intelectual, ou seja, a disposição para reconhecer as limitações do conhecimento humano e para evitar julgamentos precipitados. Para Bickel, a humildade é essencial para a prática da prudência judicial, pois permite aos juízes reconhecer a

⁴³⁸A divisão é de Conrado Hübner. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

⁴³⁹BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 35-36.

complexidade das questões que lhes são apresentadas e evitar soluções simplistas. Além da prudência e da humildade, Bickel destaca ainda outras virtudes passivas, como a moderação e a paciência. Segundo ele, essas virtudes são importantes para garantir a estabilidade das instituições políticas e para evitar mudanças bruscas que possam comprometer o equilíbrio de poderes.⁴⁴⁰

Ao abster-se de tomar decisões definitivas, a corte promove um diálogo construtivo (colloquy) com os demais poderes e com a sociedade. Ao manter-se em equilíbrio entre os princípios e as conveniências, a corte evita extremismos e previne a fragmentação da sociedade.⁴⁴¹ Esse diálogo costuma gerar uma pressão por ação legislativa, a qual pode ser mais efetiva do que uma ordem judicial rígida e inflexível, assemelhando-se a um decreto:

The first wisdom, as I have tried to show, is that the moment of ultimate judgment need not come either suddenly or haphazardly. Its timing and circumstances can be controlled. On the way to it, both the Court and the country travel the paths of the many lesser doctrines, passive and constitutional, that I have sought to describe and assess. Over time, as a problem is lived with, the Court does not work in isolation to divine the answer that is right. It has the means to elicit partial answers and reactions from the other institutions, and to try tentative answers itself. When at last the Court decides that "judgment cannot be escaped —the judgment of this Court," the answer is likely to be a proposition "to which widespread acceptance may fairly be attributed," because in the course of a continuing colloquy with the political institutions and with society at large, the Court has shaped and reduced the question, and perhaps because it has rendered the answer familiar if not obvious.⁴⁴²

Ademais, segundo o autor, a Corte estará em condições de julgar quando dispuser de conhecimento especializado, quando contar com informações fidedignas ou

⁴⁴⁰BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 115-138

⁴⁴¹BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 69-72

⁴⁴²BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 240. Em tradução livre: "A primeira sabedoria, como tentei mostrar, é que o momento do julgamento final não precisa ocorrer de forma repentina ou aleatória. Seu tempo e circunstâncias podem ser controlados. No caminho para isso, tanto a Corte quanto o país percorrem os caminhos das muitas doutrinas menores, passivas e constitucionais, que tentei descrever e avaliar. Com o tempo, à medida que um problema é vivido, a Corte não trabalha isoladamente para descobrir a resposta correta. Ela tem os meios para eliciar respostas parciais e reações dos outros poderes e para tentar respostas tentativas por si mesma. Quando finalmente a Corte decide que 'não se pode escapar do julgamento - o julgamento desta Corte', a resposta é provavelmente uma proposição 'qual se pode atribuir ampla aceitação', porque no decorrer de um colóquio contínuo com as instituições políticas e com a sociedade em geral, a Corte moldou e reduziu a questão, e talvez porque tenha tornado a resposta familiar, senão óbvia."

quando, a partir de seu discernimento político,⁴⁴³ concluir que a decisão é imprescindível. Além disso, a decisão pode ser tomada quando não há mais recursos para promover o diálogo.⁴⁴⁴

Em suma, as virtudes passivas de Alexander Bickel refletem a sua visão de que o papel dos tribunais na democracia é limitado e que a prudência, a humildade, a moderação e a paciência são virtudes essenciais para garantir a estabilidade e o equilíbrio das instituições políticas.

E, quando a Corte, enfim, opta por decidir, deve avaliar cuidadosamente a escolha com base no critério da necessidade.⁴⁴⁵ É preciso ponderar a extensão da intervenção judicial em cada momento, de modo que os movimentos da Corte não devem ser abruptos e súbitos, mas cautelosos e graduais: “[...] change should not come about in violent spasms”.⁴⁴⁶

Deve-se compreender como a Corte, sem necessariamente proferir uma decisão, pode instigar o legislador e a sociedade a agirem e ajustarem os seus anseios por transformações.

A título exemplificativo, Bickel menciona a trágica decisão proferida no caso Dred Scott, em que não se empregaram as virtudes passivas para evitar uma decisão de princípio que legitimou um regime repulsivo de escravidão. Vale notar que, mesmo que a sociedade ainda não estivesse madura para a total integração – que, aliás, iniciou-se com o caso Brown – a referida decisão poderia ter sido evitada mediante o uso de tais virtudes.⁴⁴⁷

Em linha similar, Cass Sunstein apresenta o minimalismo judicial,⁴⁴⁸⁴⁴⁹ ao argumento de que, quando a corte estiver diante de algum caso que envolva desacordos morais razoáveis, circunstâncias mutáveis ou falta de informações, deve adotar uma

⁴⁴³ Em que pese reconheça a dificuldade desse conceito, prefere ele do que a obrigatoriedade da decisão a qualquer custo.

⁴⁴⁴BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 186-189.

⁴⁴⁵BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 207/208.

⁴⁴⁶BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 108. Em tradução livre: “A mudança não deve ocorrer em convulsões violentas.”

⁴⁴⁷BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986. p. 249-253.

⁴⁴⁸ SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time – judicial minimalism in the supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

⁴⁴⁹ É importante se ressaltar que o minimalismo é visto como uma corrente liberal, por discordar da atual composição conservadora da Suprema Corte. de nítida tendência conservadora

postura cautelosa. Assim, o minimalismo judicial propicia a promoção de processo de democráticos de debates, visto que a decisão judicial não deve ser expansiva, mas se limitar a dizer o que é essencial para o julgamento do caso concreto.⁴⁵⁰

Enquanto Bickel prega a não-decisão, Cass Sunstein propõe a prática de dizer não mais do que o necessário para a resolução, deixando o máximo possível não decidido.⁴⁵¹ Preocupa-se com a possibilidade de uma decisão judicial equivocada, bem como com a decisão correta que, por ser excessivamente ambiciosa, acarreta efeitos indesejados.⁴⁵²

Para o minimalismo, a decisão judicial deve buscar decidir de forma estreita e rasa, minimizando os reflexos jurídicos sobre outros casos. Sunstein exemplifica isso: de um lado, há a decisão que carece de fundamentação, desprovida de pronunciamentos justificativos. No outro extremo, temos a decisão que preenche todo o espaço teórico acerca do assunto – maximalismo. O minimalismo está na zona intermediária.⁴⁵³ Contudo, o maximalismo não é algo que não pode ser utilizado,⁴⁵⁴ mas deve ser a exceção. Além disso, é preciso tomar cuidado para não aplicar o minimalismo de forma indiscriminada, sem levar em consideração as circunstâncias específicas de cada caso:

Courts know that they may be wrong, and they know too that even if they are right, a broad, early ruling may have unfortunate systemic effects. It may prevent the kind of evolution, adaptation, and argumentative give-and-take that tend to accompany lasting social reform.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time** – judicial minimalism in the supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 51/55.

⁴⁵¹ SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time** – judicial minimalism in the supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 03.

⁴⁵² SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time** – judicial minimalism in the supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 03/06.

⁴⁵³ SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time** – judicial minimalism in the supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 10-12.

⁴⁵⁴ Isto resta claro neste trecho: “If a court has reason for confidence about the theoretical foundations of some area of law, it has earned the right to depth; I have suggested that this is now true for the area of sex equality. When there is a great need for predictability, and good reason for confidence that an adequate rule can be advised, width is entirely appropriate and perhaps indispensable; consider property and contract law”. SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time** – judicial minimalism in the supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 263. Em tradução livre: “Se um tribunal tem motivos para ter confiança nas bases teóricas de uma área do direito, ele tem o direito de aprofundar; sugeri que isso é verdadeiro atualmente para a área da igualdade de gênero. Quando há uma grande necessidade de previsibilidade e há boas razões para ter confiança de que uma regra adequada possa ser aconselhada, a amplitude é totalmente apropriada e talvez indispensável; considere o direito de propriedade e o direito contratual.”

⁴⁵⁵ SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time** – judicial minimalism in the supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 26. Em tradução livre: “Tribunais sabem que podem estar errados e sabem também que, mesmo que estejam certos, uma decisão ampla e precoce pode ter efeitos sistêmicos infelizes. Pode impedir o tipo de evolução, adaptação e diálogo argumentativo que tendem a acompanhar as reformas sociais duradouras.”

Assim, os tribunais devem tentar promover dois objetivos de uma democracia deliberativa: responsabilidade política e justificativas razoáveis.⁴⁵⁶

O minimalismo é, portanto, capaz de conciliar estabilidade social e respeito à diversidade de opiniões, adotando uma abordagem de tomada de decisões flexível e adaptável à realidade em constante mutação, enquanto minimiza as chances de erro e de consequências imprevistas.⁴⁵⁷

Como se vê, enquanto as teorias tradicionais pressupõem uma visão idealizada do Juiz, que teria toda a capacidade e tempo para chegar a resultados perfeitos, mesmo em face de questões extremamente complexas, Bickel e Sunstein não desconsideram a análise das capacidades institucionais e, em alguns casos, preferem a prudência ou decisões minimalistas.

Esses são dois exemplos de diálogos que ocorrem no interior da decisão judicial. Contudo, eles concebem a interação dialógica como algo possível e de grande valor, acreditando que é a corte que possui o poder de decidir se irá promovê-la ou não, assim como de estabelecer a forma em que ocorrerá. Dessa forma, o diálogo depende da disposição da corte e ela pode, a qualquer momento, impedi-lo.⁴⁵⁸

4.1.2 Diálogos entre Instituições e o Constitucionalismo popular: diálogos externos

A expressão diálogos institucionais é creditada a Louis Fisher, que argumentou que o processo de interpretação constitucional é mais complexo do que uma simples emissão da última palavra pela corte⁴⁵⁹: “Complex social policy issues are ill suited to the

⁴⁵⁶ SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time** – judicial minimalism in the supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 28.

⁴⁵⁷ RODRIGO, Brandão. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem deve caber a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 229.

⁴⁵⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 123.

⁴⁵⁹ O autor afirma que o apoio à supremacia judicial continua forte, e afirma: “Why? Are we that resistant to facts and reality? No doubt, powerful symbols help nourish the continuing belief that the U.S. Supreme Court alone decides the meaning of the Constitution (or at least has the last word). There is something reassuring about a blindfolded lady holding the scales of Justice, unswayed by politics. We sing praises to the “rule of law,” impartiality, and judicial independence. We all yearn for even-handed justice. We like the idea of an institution that can right the wrong, protect embattled minorities, and come to the rescue of the isolated individual (who might be us). Perhaps citizens look to the Court as a sort of parental figure, telling them what is right and wrong and guiding them to the true path. If that is the model, U.S. citizens have never played the obedient and respectful child, dazzled by the parent’s wisdom and intelligence. Citizens rebel whenever they like, letting the Court know in blunt terms that it has bungled again in judging constitutional and national values. Moreover, the parental figure is likely to tell the child: The kind of question you just presented is one I don’t answer. You figure it out.”. FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova

winner-take-all nature of litigation”.⁴⁶⁰ A última palavra, conforme confirmado pela referida história, não pertence a nenhuma instituição. Ao invés disso, as instituições, especialmente a corte, continuam a ser testadas e desafiadas enquanto tomarem decisões que não contenham com um mínimo de consenso deliberativo.⁴⁶¹

Para o autor, em questões controversas, a democracia não pode evitar uma sucessão ininterrupta de testes. A decisão judicial, eventualmente, é final dentro de um estágio, mas novos estágios políticos se abrem continuamente. Deve ser respeitada, mas não adorada. A interpretação constitucional, nesse sentido, é um processo circular que somente se encerra ou se estabiliza quando alcança um mínimo de acordo, ainda que com prazo de validade.⁴⁶²

Assim, o direito constitucional é produzido por muitas forças: políticas e legais, não judiciais e judiciais, nacionais e locais, públicas e privadas. Os três ramos do governo estão envolvidos, não apenas um, já que “[...] if the Court is not the Constitution, what, then, explains the persistence of judicial supremacy?”⁴⁶³

De acordo com Louis, a exclusividade judicial provavelmente marginalizará a Corte e, com ela, a Constituição, porquanto as instituições democráticas levarão a Constituição a sério apenas se tiverem algum interesse nela, gerando uma única concepção do que a Constituição exige, por exemplo.⁴⁶⁴

lorque: Oxford, 2004. p. 217. Em tradução livre: “Por quê? Será que somos tão resistentes aos fatos e à realidade? Sem dúvida, símbolos poderosos ajudam a alimentar a crença contínua de que apenas a Suprema Corte dos Estados Unidos decide o significado da Constituição (ou pelo menos tem a última palavra). Há algo reconfortante em uma dama com uma venda nos olhos segurando as escalas da Justiça, sem ser influenciada pela política. Cantamos louvores ao “Estado de Direito”, à imparcialidade e à independência judicial. Todos nós ansiamos por justiça imparcial. Gostamos da ideia de uma instituição que possa corrigir erros, proteger minorias em batalha e vir em socorro do indivíduo isolado (que poderia ser nós mesmos). Talvez os cidadãos olhem para a Corte como uma espécie de figura parental, dizendo-lhes o que é certo e errado e orientando-os para o verdadeiro caminho. Se esse é o modelo, os cidadãos dos Estados Unidos nunca se comportaram como filhos obedientes e respeitosos, deslumbrados pela sabedoria e inteligência dos pais. Os cidadãos se rebelam sempre que querem, informando à Corte de forma direta que ela errou novamente na avaliação dos valores constitucionais e nacionais. Além disso, a figura parental provavelmente dirá ao filho: A pergunta que você acabou de apresentar é uma que eu não respondo. Você mesmo tem que descobrir.”

⁴⁶⁰FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004. p. 235. Em tradução livre: “Questões complexas de política social são mal-adaptadas para a natureza ganha-perde do litígio”. O exemplo do autor é o aborto.

⁴⁶¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 126.

⁴⁶² FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 07.

⁴⁶³FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004. p. 218. Em tradução livre: “Se a Corte não é a Constituição, o que explica então a persistência da supremacia judicial?”

⁴⁶⁴FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004. p. 229.

Por conseguinte, o verdadeiro risco da supremacia judicial reside em sua tendência a excluir outros atores políticos na tomada de decisões constitucionais, o que pode gerar desentendimentos e hostilidade em vez de cooperação. Quando o governo eleito não se envolve em diálogos constitucionais com o tribunal, a relevância da corte e da própria Constituição pode ser seriamente comprometida. Além disso, o tribunal não procurará a ajuda do governo eleito nem reconhecerá a opinião pública como uma medida de sua legitimidade.⁴⁶⁵

A interpretação constitucional é aprimorada pela ampla e vigorosa participação de cada Poder, que possui pontos fortes e fracos exclusivos. Além disso, esses diálogos constitucionais tornam a Constituição mais vibrante e estável, pois os tribunais, parlamentares e as pessoas se consideram partes interessadas na sua interpretação. Ainda, Louis Fisher afirma que essas conclusões têm como base motivos institucionais, não motivos políticos, partidários ou de política pública, além de também não levar em consideração a composição e predileções da Corte.⁴⁶⁶

No mais, entende que as realidades políticas e os valores constitucionais demandam que o Judiciário compartilhe com outras instituições políticas e a sociedade em geral a complexa tarefa de interpretar a Constituição. As constituições não governam apenas por meio do texto ou da interpretação judicial, mas sim da conjugação de forças externas aos tribunais, como ideias, costumes, sociedade e estatutos. Por meio desse processo político rico e dinâmico, a Constituição é adaptada continuamente, buscando uma harmonia entre os princípios legais e as necessidades de uma sociedade em constante transformação.⁴⁶⁷

Ainda, o autor, para demonstrar a importância do diálogo, afirmou que mais de uma década após *Brown*,⁴⁶⁸ a porcentagem de crianças afro-americanas em escolas totalmente negras no Sul era de 98%. Através da Lei dos Direitos Civis de 1964 e outras iniciativas federais, esse número caiu para 25% em 1968. Com o presidente, a liderança do Congresso e o público comprometidos em desfazer as leis de Jim Crow, o Tribunal foi encorajado a atacar a discriminação e a segregação "root and branch".⁴⁶⁹ Isto é, apenas após a atuação conjunta é que a redução foi possível.

⁴⁶⁵FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004. p. 238.

⁴⁶⁶FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004. p. 238.

⁴⁶⁷FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004. p. 238.

⁴⁶⁸ Histórica decisão que determinou que crianças negras e brancas pudessem frequentar as mesmas escolas públicas, terminando com a doutrina dos iguais, mas separados. O julgado é de 1954.

⁴⁶⁹FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004. p. 229. Em tradução livre: "de raiz e galho".

Assim, Louis, em que pese admita que a Suprema Corte possa declarar atos inconstitucionais, não vê óbice que a mesma matéria seja discutida pelo parlamento, sem que necessariamente seja por emenda constitucional.⁴⁷⁰

Em termos equivalente, temos o constitucionalismo popular de Larry Kramer,⁴⁷¹ para quem, “[...] para todos os efeitos, entregamos a Constituição à Suprema Corte. Aceitamos sem questionar que a autoridade interpretativa final pertença aos juízes”.⁴⁷²

Conforme destaca, o constitucionalismo na era fundacional apresentava características distintas. Durante aquele período, acreditava-se que o poder de interpretar (não apenas criar) a norma constitucional residia no próprio povo. Essa concepção não era teórica ou abstrata, mas sim ativa e contínua. A comunidade em geral – e não o judiciário ou qualquer outro poder governamental – detinha o controle sobre o significado da Constituição, sendo responsável por assegurar sua correta implementação no cotidiano do processo de governança.⁴⁷³

De acordo com esse pensamento, os fundadores dos Estados Unidos estavam firmemente empenhados em estabelecer um sistema constitucional no qual o

⁴⁷⁰“No single institution, including the judiciary, has the final word on constitutional questions. The Court is a key player, but it is not the only game in town. It is this process of give and take and the mutual respect the branches have for one another that permits the unelected Court to function in a democratic society. By agreeing to an open exchange among the branches, all three institutions are able to expose weaknesses, hold excesses in check, and gradually forge a consensus on constitutional values. By participating in this process, the public has an opportunity to add legitimacy, vitality, and meaning to what might otherwise be an alien and short-lived document. Therein lies true stability. Therein lies respect for and understanding of the Constitution.” Em tradução livre: “Nenhuma instituição, incluindo o judiciário, tem a palavra final sobre questões constitucionais. O Tribunal é um ator importante, mas não é o único jogo na cidade. É este processo de troca e respeito mútuo entre os poderes que permite ao Tribunal, uma instituição não eleita, funcionar em uma sociedade democrática. Ao concordarem em um intercâmbio aberto entre os poderes, as três instituições conseguem expor fraquezas, controlar excessos e forjar gradualmente um consenso sobre valores constitucionais. Ao participar deste processo, o público tem a oportunidade de acrescentar legitimidade, vitalidade e significado ao que poderia ser de outra forma um documento estranho e efêmero. Aí reside a verdadeira estabilidade. Aí reside o respeito e a compreensão da Constituição.”

⁴⁷¹A análise realizada por Larry Kramer pode ser aplicada ao entendimento contemporâneo do Supremo Tribunal Federal em relação à palavra final na interpretação constitucional: “Podemos ainda discordar da Corte. Ninguém entende que a supremacia signifique que quando os juízes falam todos devem submissamente baixar os olhos e ir para casa. Podemos, se quisermos, explodir nossas cabeças de tanto gritar em protesto contra as decisões da Suprema Corte. Mas nossas opções para mudar tais decisões, para estabelecermos uma interpretação diferente, são consideradas como limitadas a emendar o texto (isto é, sem fazer uma nova constituição), a importunar os juízes para que tracem um caminho diferente e a esperar que um ou mais deles morra ou se canse de seu trabalho para que possamos (esperançosamente) nomear novos juízes com visões mais ao nosso gosto”. KRAMER, Larry D. *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’*. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 86.

⁴⁷²KRAMER, Larry D. *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’*. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 86.

⁴⁷³KRAMER, Larry D. *Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’*. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 88.

protagonismo recaísse sobre o povo, conferindo ao governo direção e dinamismo. A menção ao “povo” nesse contexto não se tratava de mera retórica, mas sim de um reflexo dos sentimentos e objetivos dos líderes americanos da época. Dessa forma, a “palavra final” em questões constitucionais residiria, em última instância, no próprio povo.⁴⁷⁴

É com base nessa constatação de uma interpretação engajada e ininterrupta que se desvela o conceito do constitucionalismo popular, que tem como um dos fundamentos a premissa de que a opinião pública⁴⁷⁵ impõe limites a cada governo e é o verdadeiro soberano em cada governo livre⁴⁷⁶:

O ponto em que o constitucionalismo popular difere do entendimento atual: ele não presume que a interpretação jurídica autorizada possa acontecer apenas nos tribunais, mas, antes, pressupõe que um processo de interpretação igualmente válido possa ser empreendido nos poderes políticos e pela comunidade geral (...) Assim, o constitucionalismo popular pauta-se em e depende de uma cultura política na qual autoridades públicas, líderes comunitários e cidadãos comuns acreditam na distinção entre lei e política, compartilham um conjunto de convenções sobre como argumentar

⁴⁷⁴KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 89-105.

⁴⁷⁵Aqui, é importante ressaltar que, para o autor, a opinião pública não se confunde com a opinião da maioria. A opinião pública exige o refinamento e a transformação dos pontos de vista, dos sentimentos e dos interesses dos cidadãos em uma mente pública guiada por preceitos de razão, resultando na “razão do público” ou na “razão da sociedade”. Assim, “[...] embora a vontade da maioria deva prevalecer em todos os casos, essa vontade, para ser justa, deve ser razoável”. KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 121.

⁴⁷⁶Essa frase é de James Madison. Ainda, aqui é imprescindível se destacar o debate entre o republicano (que seria Madison) e o Antirrepublicano (seus opositores), no qual Madison expõe as suas ideias de quem deve ser o intérprete da Constituição Federal: “**Republicano**: o próprio povo. A responsabilidade sagrada não pode estar em lugar mais seguro que nas mãos mais interessadas em preservá-la.

Antirrepublicano: o povo é estúpido, desconfiado, licencioso. Eles não podem de forma segura confiar em si mesmos. Após estabelecer um governo, deveria pensar somente em obediência, deixando o cuidado de suas liberdades para seus mais sábios governantes. **Republicano**: embora os homens nasçam livres, e todas as nações possam ser livres, a verdade é que a escravidão tem sido o destino geral da raça humana. Ignorantes, foram enganados; adormecidos, foram surpreendidos; divididos, o jugo lhes foi imposto. Mas qual é a lição? A de que, porque o povo pode trair a si mesmo, ele deve se entregar, com os olhos vendados, àqueles que têm interesse em traí-los? É melhor concluir que o povo deve ser esclarecido, despertado, unido, que após estabelecer um governo, ele deve protegê-lo, assim como obedecê-lo.

Antirepublicano: não é o governo que está disposto a desprender-se do povo; mas o povo que está sempre pronto para se desprender do governo. É melhor dizer então: esclareça o governo, advirta-o a estar vigilante, enriqueça-o com influência, arme-o com força. E, para o povo, nunca pronuncie senão duas palavras: Submissão e Confiança. **Republicano**: a tendência centrífuga está então no povo, não no governo, e a arte secreta consiste em conter essa tendência, aumentando o princípio atrativo do governo com todo o peso que a ele pode ser acrescentado. Mas que perversão da ordem natural das coisas! Fazer do poder o objeto primário e central do sistema social, e da Liberdade, nada mais que seu satélite.” MADISON, James *apud* KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 109-110.

dentro de cada domínio e levam a sério a diferença de papéis que isso produz.⁴⁷⁷

Dessa forma, a utilização de um freio constitucional não deve ser destinado a encerrar a disputa, mas iniciar uma: a forçar o tipo de debate público necessário para a “razão da sociedade” emergir e se unir. A ambição contra a ambição.⁴⁷⁸

Logo, o constitucionalismo popular pressupõe que o debate continue até alcançar uma conclusão que seja abarcada pela opinião pública, de modo que a separação dos poderes se torna um mecanismo para fomentar um diálogo profundo e consistente, por meio do qual a “razão da sociedade”⁴⁷⁹ possa ser desenvolvida e aprimorada.⁴⁸⁰

Larry Kramer igualmente enfatiza que o controle exercido pelo povo não se manifesta de maneira direta, mas sim indireta: é intermediado pelas reações populares aos argumentos e aos atos ou omissões de seus representantes em distintas esferas de diferentes governos. Esses representantes, por sua vez, captam e interpretam as orientações emanadas do público.⁴⁸¹

Para negar a supremacia judicial, além de uma análise minuciosa de artigos de James Madison, vale-se de uma lição de Thomas Jefferson, segundo a qual cada um dos “[...] três departamentos tem igualmente o direito de decidir por si qual o seu dever sob a constituição, sem considerar o que os outros possam ter decidido sobre si mesmos sob uma questão similar”.⁴⁸²

Assim, o Poder Judiciário é concebido, em questões constitucionais, como uma voz adicional aos demais poderes, outra fonte de liderança para a comunidade e mais um freio. No entanto, não possui a prerrogativa exclusiva de decidir de maneira definitiva

⁴⁷⁷KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 89.

⁴⁷⁸KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 126-128.

⁴⁷⁹Até mesmo na linha da razão pública de John Rawls.

⁴⁸⁰KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 129.

⁴⁸¹KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 129-130.

⁴⁸²JEFFERSON, Thomas *apud* KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o ‘interesse do homem’. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133.

sobre questões constitucionais, uma vez que esse poder permanece nas mãos do povo.⁴⁸³

Nessa perspectiva, Kramer argumenta que o verdadeiro poder da Constituição reside na habilidade de envolver o povo no processo decisório, usando o debate público e o engajamento cívico como meios de moldar e refinar o entendimento coletivo dos princípios e valores fundamentais. Ao permitir a participação popular na interpretação da Constituição, o constitucionalismo popular busca garantir que as decisões tomadas reflitam as aspirações e preocupações da sociedade como um todo, fortalecendo assim a legitimidade das instituições democráticas e a confiança no sistema político.⁴⁸⁴

Feitas essas considerações, é de se salientar que existe espaço para o controle de constitucionalidade nas teorias de Louis e Larry, mas não para a supremacia judicial. Também o Poder Judiciário deve estar sujeito à disciplina da comunidade e questionamentos vindos dos demais Poderes, os quais devem, então, possuir meios para contestar interpretações constitucionais judiciais.

Enquanto Fisher defende uma abordagem mais política e dialógica, Kramer enfatiza a importância da participação popular, mas ambos destacam a importância de envolver as diversas partes interessadas no processo de interpretação constitucional, a fim de garantir que a Constituição seja interpretada de maneira democrática e inclusiva.

Nessa perspectiva, argumentam que o verdadeiro poder da Constituição reside na habilidade de envolver o povo no processo decisório, usando o debate público e o engajamento cívico como meios de moldar e refinar o entendimento coletivo dos princípios e valores fundamentais. Ao permitir a participação popular na interpretação da Constituição, o constitucionalismo popular busca garantir que as decisões tomadas reflitam as aspirações e preocupações da sociedade como um todo, fortalecendo assim a legitimidade das instituições democráticas e a confiança no sistema político.

Também é importante destacar que essas teorias não equivalem à anarquia, mas sim a um processo que possibilita a interpretação da Constituição por todos os envolvidos, sem promover uma disputa pelo controle absoluto.

⁴⁸³KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o 'interesse do homem'. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 134-135.

⁴⁸⁴KRAMER, Larry D. Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o 'interesse do homem'. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 135-139.

4.2 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: PANORAMA

Após analisar algumas teorias dialógicas, pode-se afirmar que, para elas, não existe uma exclusividade no processo de interpretação da Constituição e da realização do sistema de direitos, mas sim um diálogo contínuo acerca do sentido da Constituição Federal, conforme já mencionado por Habermas em sua teoria da ação comunicativa.⁴⁸⁵ Isso tem como objetivo ampliar a participação das demais Instituições e da sociedade civil no papel da interpretação constitucional, já que se adota a premissa de que nenhuma instituição democrática específica é capaz de garantir a abordagem de todas as questões relevantes para a manutenção da democracia.⁴⁸⁶

Baseia-se em uma teoria da divisão de poderes que, no âmbito dos direitos fundamentais, não sugere funções fixas, engessadas, rígidas, mas sim mutáveis, ganhando relevo a ideia de democracia radical de Habermas, segundo a qual não somente os procedimentos democráticos trazem consigo um potencial de emancipação, como nenhuma forma de emancipação pode se justificar normativamente em detrimento da democracia.⁴⁸⁷ Há, nela, uma exigência de procedimentos democráticos radicalmente inclusivos, tanto no que se refere a seus participantes quanto aos problemas e questionamentos admitidos.⁴⁸⁸ Desse modo, uma decisão proferida no âmbito do controle de constitucionalidade não obsta que uma comunidade democrática siga em constante movimento e promova reformas em deliberações que se mostrem desagradáveis ou incompatíveis com suas aspirações.⁴⁸⁹

Ademais, impõem-se critérios mais exigentes de visibilidade e justificação pública em implementação de direito pelos Poder Judiciário, além de “[...] maior participação nos processos legislativos e decisórios, mais autonomia política por parte das cidadãs e dos cidadãos”.⁴⁹⁰

Daí por que instituições jurídicas devem se manter flexivamente abertas às novas percepções da realidade social geradas em processos deliberativos de formação

⁴⁸⁵HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Unesp, 2002. p. 543. É a comunicação livre, racional e crítica. A razão tem como elementos constitutivos o questionamento e a crítica, mas não de forma monológica, mas dialógica.

⁴⁸⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 190/191.

⁴⁸⁷HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021. p. 10.

⁴⁸⁸HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021. p. 14.

⁴⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 157.

⁴⁹⁰HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021. p. 15.

de opinião e da vontade, permitindo um exercício contínuo de reelaboração institucional que tem por horizonte a configuração simultânea das autonomias pública e privada.⁴⁹¹

Isso pois, sem serem constantemente irrigadas pelas fontes sociais de solidariedade próprias do processo comunicativo, as estruturas jurídicas enrijecem, ossificam e tendem a ruir.⁴⁹² Assim, nada justifica que a Corte, em que pese seja uma indispensável e qualificada colaboradora, tenha a última palavra no que diz respeito à interpretação constitucional.⁴⁹³

Antonio Bigonha e Luiz Moreira asseveram que, da mesma forma que o Parlamento tem a prerrogativa de derrubar o veto, teria a possibilidade de realizar a revisão sobre o controle de constitucionalidade, devolvendo ao ordenamento jurídico legitimidade e tornando possível a relação entre direito e política.⁴⁹⁴ E, para que tal mister seja realizado, entendem que uma reforma da representação política se faz necessária,⁴⁹⁵ com a previsão das listas partidárias, financiamento público das campanhas, fidelidade partidária, efetivação do constitucionalismo popular (convocação de plebiscitos e referendos), além do estabelecimento de formas de democracia direta, a exemplo da redução do percentual de eleitores para a proposição de lei de iniciativa popular e a admissão de Emenda à Constituição por iniciativa popular.⁴⁹⁶

Das críticas à supremacia judicial, pode ser formulada a seguinte pergunta⁴⁹⁷: se nem os Juízes nem os legisladores de carne e osso apresentam em sua plenitude as capacidades que as teorias lhes atribuem, onde deve ser alocada a palavra final para a interpretação da Constituição?

Para a teoria dos diálogos, seria esta: a ninguém, com exclusividade. Como afirmado por Rodrigo Brandão, “[...] o sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil”.⁴⁹⁸ Essa teoria reconhece falibilidades em todas as instituições públicas, ao contrário

⁴⁹¹HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021. p. 20/22.

⁴⁹²HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021. p. 15.

⁴⁹³MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 31.

⁴⁹⁴BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 08.

⁴⁹⁵A obra foi escrita em 2009 e, após, algumas sugestões foram acolhidas, a exemplo da fidelidade partidária e financiamento público de campanhas.

⁴⁹⁶BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 08.

⁴⁹⁷RODRIGO, Brandão. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem deve caber a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 256.

das da supremacia judicial e parlamentar, que ressaltam as suas virtudes e ocultam as suas imperfeições.

Apesar de os magistrados desempenharem o papel crucial de interpretar e aplicar a legislação em instâncias representativas, isso não assegura que suas conclusões sejam invariavelmente mais sólidas do que as dos legisladores. Os juízes, enquanto seres humanos, possuem suas convicções, valores e predisposições individuais, os quais podem influenciar suas análises da legislação e as decisões proferidas. Ademais, a interpretação jurídica pode suscitar discussões e divergências, e nem sempre há unanimidade entre os magistrados sobre a aplicação da lei em casos específicos.⁴⁹⁹

Assim, como ressalta Luiz Guilherme Marinoni:

Afinal, se uma maioria parlamentar totalmente livre para agir é algo perigoso, é preciso um grande e equivocado salto para que dessa premissa se possa chegar a conclusão de que uma Constituição afirmada por autoridades não eleitas é a melhor resposta para a democracia.⁵⁰⁰

Ainda, a democracia se revela mais autoconsciente, autocrítica e realista quando se evita a hegemonia de uma supremacia judicial ou legislativa. As cortes e os parlamentos atuam de maneira coordenada e proporcionam respostas adequadas às limitações recíprocas. Uma vez compreendido que a última palavra não é exclusividade do Poder Judiciário, a preocupação principal deve residir na maneira como tal poder pode otimizar e fortalecer o sistema democrático.⁵⁰¹

A perspectiva dialógica propõe uma abordagem mais abrangente, com uma série de decisões distribuídas no tempo, e, portanto, a preocupação com a "última palavra" é equivocada. A ideia de um direito de errar por último seria um absurdo, ou no mínimo, uma visão limitada e de curto prazo.⁵⁰²

⁴⁹⁸ RODRIGO, Brandão. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem deve caber a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 256.

⁴⁹⁹ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas. In: BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41-48.

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 41.

⁵⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 147/148.

⁵⁰² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 16.

De igual modo, a concepção de limitação do poder, intrínseca ao sistema de freios e contrapesos, advoga em prol de uma pluralização dos intérpretes, em contraposição a um monopólio, no que concerne à interpretação da Constituição, consolidando a noção de "sociedade aberta aos intérpretes da constituição". Consoante Peter Häberle, idealizador da tese:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potestades públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um rol exaurido ou fixado por *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (...) quem vivencia a norma *acaba* por interpretá-la ou, ao menos, por co-interpretá-la.⁵⁰³

Ademais, argumenta-se que nem mesmo a estabilidade do direito é prejudicada, eis que, enquanto o diálogo se desenvolve, o precedente vinculante permanece vivo, não se podendo falar em anarquia interpretativa.⁵⁰⁴

No mais, é importante também ser ressaltado que as teorias dialógicas não oferecem soluções precisas para os dilemas interpretativos mais intrincados, mas estimulam um processo no qual todos os atores participam na busca por tais respostas.⁵⁰⁵ A supremacia unilateral, seja legislativa ou judicial, é rejeitada em prol do diálogo. A corte não impede que o parlamento prevaleça, caso assim deseje, mas induz a instância legislativa a assumir responsabilidades políticas e apresentar justificativas aceitáveis para qualquer restrição a direitos fundamentais. Por meio dessa estratégia, é possível potencializar o desempenho de ambas as instituições e aprimorar o funcionamento democrático.⁵⁰⁶

Portanto, não se busca uma solução pronta e abstrata para a interação adequada entre as instituições, pois isso seria inviável. Em vez disso, o foco está em mostrar que, mesmo com a expertise sendo importante no desenho institucional, no que diz respeito aos direitos, a supremacia de qualquer instituição baseada em argumentos

⁵⁰³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

⁵⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 153.

⁵⁰⁵ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de Oliveira. **Jurisdição constitucional**: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial. Curitiba: Juruá, 2016. p. 91-92.

⁵⁰⁶ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de Oliveira. **Jurisdição constitucional**: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial. Curitiba: Juruá, 2016. p. 93-98.

epistêmicos não é desejável.⁵⁰⁷ A redução de erros não vem apenas de uma ou outra instituição, mas sim de sua interação deliberativa e da busca contínua pelas melhores razões públicas, tanto pelos parlamentos quanto pelas cortes.⁵⁰⁸

4.3 EXPERIÊNCIA CANADENSE E OS PROCEDIMENTOS PARA A OCORRÊNCIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Precisamente porque muitas revoluções constitucionais ocorreram nas décadas de 80 e 90 em democracias estabelecidas, os novos arranjos constitucionais nesses países não poderiam ignorar as discussões envolvendo a “dificuldade contramajoritária” embutida no constitucionalismo e na revisão judicial.

Assim, as tradições políticas persistentes de soberania judicial e parlamentar, bem como as suas críticas, que se desenvolveram exatamente nesse período, tiveram de ser levadas em conta por aqueles que iniciaram a constitucionalização dos direitos e a adoção da revisão judicial, como na Grã-Bretanha,⁵⁰⁹ Canadá, França,⁵¹⁰ Israel e Nova Zelândia (para mencionar apenas alguns exemplos). O resultado foi o desenvolvimento de uma variedade de mecanismos institucionais inovadores destinados a compensar a dificuldade contramajoritária embutida na revisão judicial.⁵¹¹

O debate sobre a separação de poderes e a necessidade de uma atuação cooperativa entre eles foi estimulado no Canadá pelo artigo de Peter Hogg e Allison Bushell.⁵¹² Eles argumentaram que o modelo adotado de separação de poderes apresentava limitações ao lidar com a necessidade de colaboração entre os poderes e propõem uma compreensão mais abrangente das atividades institucionais.⁵¹³ Em vez de

⁵⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 165.

⁵⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 166.

⁵⁰⁹ Abordado no Capítulo I.

⁵¹⁰ Abordado no Capítulo I.

⁵¹¹ HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. **University of Tichmond Law Review**, volume 34, p. 415-441, 2000. p. 435. Disponível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2386&context=lawreview>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵¹² HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. The charter dialog between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997. Disponível em <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>. Acesso em: 05 mar. 2023. p. 75-77.

⁵¹³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. The charter dialog between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997. Disponível em <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>.

funcionarem de maneira independente, Hogg e Bushell defenderam que os poderes deviam ser exercidos de forma cooperativa e complementar, a fim de atender de maneira mais eficaz às demandas da sociedade.⁵¹⁴

Ao longo do artigo, os autores propõem que os tribunais e as legislaturas devem trabalhar de maneira cooperativa e complementar, promovendo um processo de deliberação conjunta, em vez de competir pelo controle absoluto sobre a interpretação da Carta. Essa abordagem, segundo Hogg e Bushell, permitiria uma melhor integração das perspectivas e demandas da sociedade, garantindo que as decisões tomadas sejam fruto de um processo democrático e inclusivo. Além disso, os autores discutem os mecanismos legais e institucionais que poderiam facilitar esse diálogo entre os tribunais e as legislaturas, como a implementação de leis de revisão judicial e a criação de espaços para debates públicos sobre questões constitucionais. Eles também abordam a importância da educação cívica e do engajamento público na promoção desse diálogo, argumentando que os cidadãos devem estar informados e envolvidos nas discussões sobre a interpretação da Carta.⁵¹⁵

Também a jurista canadense Christine Bateup foi uma das defensoras desse modelo:

The result of this interactive process in which no branch dominates and in which constitutional meaning steadily forms is constitutional dialogue, as all three in situations are able to expose weaknesses, hold excesses in check, and gradually forge a consensus on constitutional issues.⁵¹⁶

Nessa linha, uma alternativa de desenho institucional que visa criar um processo de elaboração compartilhada entre o Judiciário e outros atores constitucionais

Acesso em: 05 mar. 2023.

⁵¹⁴RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Maíra. **Os efeitos sistêmicos na teoria constitucional**. p. 09. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁵¹⁵HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. The charter dialog between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997. p. 77-90. Disponível em <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁵¹⁶BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, vol. 71 (3), p. 1109-1180, 2006. p. 1139. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/228603573.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023. Em tradução livre: "O resultado desse processo interativo, no qual nenhum ramo domina e no qual o significado constitucional se forma gradualmente, é o diálogo constitucional, pois todas as três instituições podem expor fraquezas, controlar excessos e gradualmente forjar um consenso sobre questões constitucionais".

surgiu com a *Charter of Rights and Freedoms* de 1982,⁵¹⁷ uma Carta de direitos dotada de "status constitucional" no Canadá.

Esse documento foi criado durante o processo de desvinculação do país dos atos do Parlamento inglês, substituindo o modelo anterior da *Canadian Bill of Rights* de 1960, que possuía apenas força de lei ordinária e poderia ser modificada a qualquer momento pelo Parlamento. A *Charter of Rights and Freedoms* buscou fortalecer a proteção dos direitos fundamentais e estabelecer um processo mais colaborativo entre os poderes, contribuindo para uma maior estabilidade institucional.

Também conhecido como sistema ou modelo fraco de controle de constitucionalidade, adotado pioneiramente pelo Canadá, ele acabou sendo adotado pela Nova Zelândia, Israel e Reino Unido.⁵¹⁸ Em todos, abandonou-se o sistema da supremacia Legislativa, restando permitido que Poder Judiciário também faça o controle de constitucionalidade das leis, mas não de forma definitiva.

⁵¹⁷ A Constituição brasileira de 1937 adotou um instituto semelhante à cláusula do não obstante presente na Carta de Direitos e Liberdades do Canadá. O artigo 96 da Constituição de 1937 previa o direito do Congresso Nacional vetar as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de leis. Essa possibilidade de veto ao controle de constitucionalidade poderia ser provocada pelo Chefe do Executivo, quando entendesse que a lei era necessária ao bem-estar do povo. As leis ratificadas pelo Congresso, mesmo após serem declaradas inconstitucionais pelo STF, receberiam o status de emenda constitucional. No entanto, o objetivo da cláusula presente na Constituição "Polaca" não era promover um constitucionalismo dialógico, mas sim permitir um maior controle do Chefe do Executivo sobre os outros Poderes, pois, na prática, o direito de veto às decisões do STF era exercido por Getúlio Vargas, uma vez que, nos períodos de recesso ou dissolução do Parlamento, os poderes do Congresso Nacional eram delegados ao Presidente da República e o Poder Legislativo permaneceu fechado durante o Estado Novo.

⁵¹⁸ A análise da legislação da Nova Zelândia, Israel e Reino Unido é bem analisada por SILVA, Marcos Vinicius Lopes da. **Legitimidade democrática, controle de constitucionalidade e diálogos institucionais**: reflexão sobre um caminho para a resolução das relações entre os poderes em uma sociedade democrática. 2019. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2887>. Acesso em: 17 set. 2022. Nesses países, o Poder Judiciário não tem a palavra final acerca da interpretação constitucional.

A seção 33 da Carta de Direitos do Canadá⁵¹⁹ prevê a cláusula de não obstante (*the notwithstanding clause*), a qual permite ao Parlamento a faculdade de se sobrepor a eventual declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo por parte do Poder Judiciário. Caso adote essa conduta, a lei continuará vigente por 05 (cinco) anos, podendo ser esse prazo renovado sucessivamente.

A cláusula em questão é uma ferramenta constitucional que permite ao legislador evitar que uma lei recém-aprovada seja considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário de forma preventiva, ou reeditar uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte do Canadá (*overriding*) de forma repressiva. Isso confere ao Parlamento ou às Assembleias Provinciais o poder de instituir legislações temporariamente isentas do controle de constitucionalidade, permitindo que até decisões mais ativistas sejam passíveis de revisão em um diálogo democrático.⁵²⁰

Peter Russell argumenta que a cláusula do não obstante confere ao Canadá uma solução que mescla o melhor de dois universos distintos: a supremacia judicial do constitucionalismo estadunidense e a supremacia parlamentar do constitucionalismo britânico. Esses dois modelos exerceram influência no desenvolvimento do constitucionalismo canadense e, conforme a perspectiva do autor, nenhum ator político é inerrante, incluindo os magistrados, que ocasionalmente proferem decisões passíveis de

⁵¹⁹ EXCEPTION WHERE EXPRESS DECLARATION

33.- 1. Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Operation of exception

2. An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

3. A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

4. Parliament or the legislature of a province may reenact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

5. Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection. Em tradução livre:

EXCEÇÃO DE DECLARAÇÃO EXPRESSA

33.- 1. O Parlamento ou a legislatura de uma província podem declarar expressamente em uma lei do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que a lei ou uma disposição dela funcionará sem prejuízo de uma disposição incluída na seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta.

Operação de exceção

2. Uma lei ou uma disposição de uma lei em relação à qual uma declaração feita nos termos desta seção está em vigor terá a operação que teria se não fosse a disposição desta Carta mencionada na declaração.

Limitação de cinco anos

3. A declaração feita ao abrigo do n.º 1 deixa de produzir efeitos cinco anos após a sua entrada em vigor ou em data anterior que venha a ser especificada na declaração." Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21363-21364-1-PB.htm>. Acesso em: 19 set.2022.

⁵²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 145.

questionamento. Por tal motivo, a cláusula do não obstante se revela como um instrumento relevante para retificar eventuais equívocos judiciais.⁵²¹

Acerca dessa cláusula, aduz José Guilherme Berman Correa Pinto que ela valoriza “[...] o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos daquela sociedade”⁵²².

Assim, reconhece-se “[...] a interpretação constitucional como um processo longo e interativo no qual as instituições contribuem com as suas capacidades específicas e atuam com vistas à mútua acomodação das suas perspectivas”.⁵²³

Acerca dos efeitos sistêmicos advindo dessa cláusula, André Reis Lacerda aduz que:

Segundo relatos dos canadenses, a experiência tem demonstrado que somente de forma extremamente excepcional essa cláusula é invocada – sobretudo pelo risco de previsíveis desgastes políticos. Os tribunais, nesta senda, já que não detêm a ‘palavra final’ sobre as questões constitucionais, se comprometem com uma análise mais cuidadosa e justificada antes de invalidar qualquer lei advinda do processo majoritário. E, de consequência, o Parlamento somente ultrapassaria as invalidações excepcionais quando categoricamente necessária para manutenção dos compromissos propostos na Carta de Direitos.⁵²⁴

Cuida-se, portanto, de uma interação pautada no diálogo, na deliberação e que, tendo como premissa o fato de que as instituições são falíveis, busca equacionar isso por meio de um modelo dialógico. Tanto os órgãos judiciais quanto as instâncias legislativas estão sujeitos à irracionalidade e à proteção de seus interesses institucionais de formas diversas. A Carta Canadense de Direitos e Liberdades estabelece um mecanismo de freios e contrapesos que leva em conta a falibilidade tanto dos tribunais

⁵²¹RUSSEL, Peter *apud* FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. A cláusula do não obstante como ferramenta facilitadora dos diálogos institucionais? Apontamentos a partir da seção 33 da Charter of Rights and Freedoms. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 05, n. 02, p. 48-68, abr./jun., 2020. p. 63. Disponível em <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3531>. Acesso em 21 set. 2022.

⁵²²PINTO, José Guilherme Berman Correa. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. **Revista de Direito Público**, [S. l.], v. 7, n. 31, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1670>. Acesso em: 20 set. 2022.

⁵²³RODRIGO, Brandão. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem deve caber a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 340.

⁵²⁴LACERDA, André Reis. Separação Dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da Constituição Brasileira de 1988 – Impediente de Configuração de Ins-tâncias Hegemônicas. **RIDB**, n. 6, Ano 2, p. 5045-5108, 2013. p. 5085. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/06/2013_06_05045_05108.pdf. Acesso em: 25 mar. 2023.

quanto dos legisladores, proporcionando a perpetuação do diálogo em suas decisões. A despeito da possibilidade de empregar a cláusula do não obstante, o Poder Legislativo não detém a prerrogativa final, uma vez que a validade desta cláusula decai após um período de cinco anos. Após esse intervalo, a matéria em questão pode ser objeto de reconsideração e revisão, garantindo a continuidade do debate e a busca por soluções mais adequadas à luz das mudanças sociais e políticas.⁵²⁵

4.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A supremacia judicial foi afirmada nas ADIN's 2.860 e 2.797, quando o Congresso Nacional tentou reverter uma decisão do Supremo Tribunal Federal por meio de uma lei ordinária.

No julgado, o Ministro Sepúlveda Pertence bem resume a lide ao indagar: “lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar a jurisprudência assente no Supremo, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República?”,⁵²⁶ para na sequência afirmar que não.

Dentre as premissas, restou assentado que lei ordinária não pode interpretar a Constituição quando há decisão do Supremo Tribunal Federal em contrário, tendo o Ministro Eros Grau asseverado:

O Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do Supremo Tribunal Federal exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu.⁵²⁷

⁵²⁵LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 239-245.

⁵²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

⁵²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

Ainda, foi afirmado pelo relator que admitir a validade de lei frontalmente contrária à “[...] jurisprudência constitucional do STF equivaleria a liberar o legislador dos limites constitucionais que deveriam constranger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constituição sobre as leis e o Estado de Direito”⁵²⁸ e que haveria abuso do poder de legislar, se a lei for elaborada com esse fim. Houve, então, o reconhecimento, da maioria, de uma inconstitucionalidade formal.

Houve o voto vencido do Ministro Gilmar Mendes, o qual adotou a teoria dos diálogos institucionais.⁵²⁹

Quando do julgamento da ADI 5.105/DF⁵³⁰, o tema dos diálogos institucionais restou abordado por alguns Ministros. Isso pois a ADI contestava os artigos 1 e 2 da Lei n.º 12.875/13, que iriam de encontro ao que fora deliberado nas ADIN's 4.430 e 4.795. Como a ADI foi julgada procedente pelo seu mérito, não foi analisada, por todos os Ministros, a questão prejudicial.

No julgado, o Ministro Luiz Fux assenta o entendimento de que não se pode afirmar que o modelo constitucional brasileiro estabeleceu uma supremacia judicial em um sentido mais amplo (material ou forte)⁵³¹, uma vez que, além de ser uma interpretação equivocada do ponto de vista descritivo, tal perspectiva não é desejável do ponto de vista prescritivo.

Em seu voto, asseverou:

⁵²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

⁵²⁹Eis trecho do voto: “Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cira ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate constitucional deve continuar.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023. Todas as referências ao julgado seguirão essa fonte.

⁵³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 5.105/DF. Requerente: SOLIDARIEDADE. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁵³¹A crítica do Ministro ao entendimento adotado nas Adi's 2.860 e 2.797 foi incisiva: “Percebe-se, com clareza meridiana, que os fundamentos em que vazada a decisão evidenciam, a mais não poder, a adoção de um autoritarismo judicial e um comportamento profundamente antidialógico, incompatível com o postulado fundamental da separação de poderes. É óbvio ululante que ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 5.105/DF. Requerente: SOLIDARIEDADE. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. p. 21. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 27 mar. 2023.

Endossar a compreensão que interdite *tout court* ou dificulte sobremodo a prerrogativa de o legislador proceder, *sponte* sua, a correções de jurisprudência da Corte seria extremamente antidemocrático, amesquinhando a própria capacidade da política ordinária de se autocorriger. É prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...) Mais: desconsiderar que as demais instituições, em geral, e o Poder Legislativo, em particular, sejam intérpretes autorizados da Lei Fundamental pode propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar a Constituição, afastando a gramática constitucional de outros fóruns de discussão, que não as Cortes. (...) Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Ressalta que os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo, razão pela qual aqueles devem ser tidos como a última palavra provisória.

Aduz que a escolha por reconhecer que a dinâmica interinstitucional se baseia na premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não em um monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando assim o indesejado fetichismo institucional, abordado no capítulo anterior.

Ao final, observa que, caso seja introduzida por legislação ordinária, uma lei que entre em conflito direto com a jurisprudência da Corte nascerá com a presunção de inconstitucionalidade. Dessa forma, caberá ao legislador o ônus de demonstrar, por meio de argumentos, que a correção do precedente é legítima.

Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes, que tinha sido vencido no julgamento em que se reconheceu a impossibilidade de se aprovar lei ordinária contrária à

jurisprudência do Supremo, reafirmou o seu entendimento de que o Poder Judiciário não possui a exclusividade da interpretação constitucional.⁵³²

Também o Ministro Luís Roberto Barroso aderiu à tese dos diálogos institucionais:

Na visão tradicional, prevalece a ideia de supremacia judicial, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra na interpretação, isto é, na definição do sentido e do alcance da Constituição. Essa visão, no entanto, tem sido atenuada, cedendo espaço, a meu ver para bem, para uma ideia mais democrática, de diálogos institucionais. Nunca existe uma decisão final e definitiva. A matéria está sempre aberta ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional. (...) Para que o Congresso supere, mediante lei, uma interpretação do Supremo Tribunal Federal, precisa demonstrar que existe mais de uma interpretação razoável do assunto compatível com a Constituição, bem como oferecer as razões pelas quais está optando por outra, distinta da adotada pelo Judiciário. **Quando isso acontecer, eu acho que a palavra final, a prevalecer, deve ser a do Congresso, porque decisão política em uma democracia deve ser tomada por quem tem voto, salvo se a Constituição impuser diferentemente.**⁵³³ (grifo nosso)

⁵³²Das notas do julgamento: “ **SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência me permite uma consideração? O **SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** (RELATOR) - Claro. O **SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Tendo em vista exatamente a plenitude, a completude do voto de Vossa Excelência, eu me lembro de que, no debate que nós travamos, tendo por pano de fundo a questão da alteração do Código de Processo Penal, a Ação Direta nº 2.797, o ministro Pertence insistia na tese de que antes até de uma inconstitucionalidade material haveria inconstitucionalidade formal - Vossa Excelência já o relatou. E o ministro Eros e eu nos batemos em sentido contrário, apostando até mesmo na necessidade desse diálogo institucional. O que poderia sempre haver era uma inconstitucionalidade material, que houvesse o confronto com a Constituição. E, aí, aduzíamos o argumento que Vossa Excelência acaba de mencionar, de que não foi por acaso que o próprio constituinte cuidou de disciplinar o efeito vinculante, mas ressaltar do efeito vinculante o legislador, porque, do contrário, isso levaria a um engessamento de todo o sistema de interpretação”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 5.105/DF. Requerente: SOLIDARIEDADE. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. p. 51/52. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁵³³Das notas do julgamento: “ **SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência me permite uma consideração? O **SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** (RELATOR) - Claro. O **SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Tendo em vista exatamente a plenitude, a completude do voto de Vossa Excelência, eu me lembro de que, no debate que nós travamos, tendo por pano de fundo a questão da alteração do Código de Processo Penal, a Ação Direta nº 2.797, o ministro Pertence insistia na tese de que antes até de uma inconstitucionalidade material haveria inconstitucionalidade formal - Vossa Excelência já o relatou. E o ministro Eros e eu nos batemos em sentido contrário, apostando até mesmo na necessidade desse diálogo institucional. O que poderia sempre haver era uma inconstitucionalidade material, que houvesse o confronto com a Constituição. E, aí, aduzíamos o argumento que Vossa Excelência acaba de mencionar, de que não foi por acaso que o próprio constituinte cuidou de disciplinar o efeito vinculante, mas ressaltar do efeito vinculante o legislador, porque, do contrário, isso levaria a um engessamento de todo o sistema de interpretação.”BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 5.105/DF. Requerente: SOLIDARIEDADE. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. p. 90/91. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 26 mar. 2023.

Manifestou-se no sentido de que a superação da jurisprudência pela lei, como qualquer manifestação de diálogo institucional, baseia-se na dimensão deliberativa da democracia, requerendo, portanto, a apresentação efetiva de argumentos e a troca efetiva de ideias entre os agentes da interpretação constitucional. Por isso consignou que não é aceitável que o Congresso simplesmente esvazie uma decisão do STF porque quer, sem oferecer qualquer tipo de argumento capaz de passar pelo escrutínio do debate público.

O Ministro Marco Aurélio, ainda que de forma sucinta, também se manifestou pela possibilidade de norma ordinária alterar interpretação do Supremo.⁵³⁴

Os Ministros Rosa Weber, Carmen Lúcia e Dias Toffoli nada disseram no seu voto.

Os Ministros Celso de Mello, Luiz Edson Fachin e Teori Zavascki, em que pese nada tenham dito, julgaram a ação improcedente, de modo que, implicitamente, admitiram a possibilidade de uma norma ordinária contrariar interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Em posição contrária, o Ministro Ricardo Lewandowski:

Tenho também uma preocupação que foi manifestada pelo eminente Relator, Ministro Luiz Fux, com relação àquilo que Sua Excelência chama de atentado à dignidade da jurisdição. Também concordo com o nosso Decano que, embora exista um certo diálogo entre as instituições - isso modernamente se instaurou, como bem lembrou o Ministro Roberto Barroso –, em matéria de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra. **Não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária.** (grifo nosso)

⁵³⁴Eis o trecho: “Não há o vício articulado, porque a Constituição Federal, nos artigos 102, § 2º, e 103, § 3º, é bem clara ao revelar que as decisões em processos objetivos têm eficácia abrangente quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, não havendo referência a Poder.” Das notas do julgamento: “ **SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência me permite uma consideração? O **SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Claro. O **SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Tendo em vista exatamente a plenitude, a completude do voto de Vossa Excelência, eu me lembro de que, no debate que nós travamos, tendo por pano de fundo a questão da alteração do Código de Processo Penal, a Ação Direta nº 2.797, o ministro Pertence insistia na tese de que antes até de uma inconstitucionalidade material haveria inconstitucionalidade formal - Vossa Excelência já o relatou. E o ministro Eros e eu nos batemos em sentido contrário, apostando até mesmo na necessidade desse diálogo institucional. O que poderia sempre haver era uma inconstitucionalidade material, que houvesse o confronto com a Constituição. E, aí, aduzíamos o argumento que Vossa Excelência acaba de mencionar, de que não foi por acaso que o próprio constituinte cuidou de disciplinar o efeito vinculante, mas ressaltar do efeito vinculante o legislador, porque, do contrário, isso levaria a um engessamento de todo o sistema de interpretação.”BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 5.105/DF. Requerente: SOLIDARIEDADE. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. p. 191. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 26 mar. 2023.

Da atual composição, ainda não se manifestaram Kassio Nunes Marques, Alexandre de Moraes e André Mendonça.

Em resumo, o julgamento da ADI 5.105/DF trouxe à tona a discussão sobre diálogos institucionais e a possibilidade de o Poder Legislativo aprovar leis ordinárias que contrariem a jurisprudência do STF. Ainda que não haja uma posição consolidada no Supremo Tribunal Federal, nota-se uma tendência favorável a permitir que o Congresso Nacional aprove normas nesse sentido⁵³⁵. Contudo, é responsabilidade do Congresso apresentar argumentos legítimos para corrigir o precedente. Essa abordagem busca promover uma dinâmica mais democrática e deliberativa entre os Poderes, valorizando o diálogo e o intercâmbio de ideias na interpretação constitucional.

⁵³⁵ Já na doutrina, Luiz Guilherme Marinoni adverte: “Há no Brasil uma submissão cega à ideologia do *judicial review*, fortalecida pela adoção de uma teoria jurídica elaborada a partir das características do sistema constitucional estadunidense” MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 166.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como negar uma expressiva participação do Poder Judiciário na definição de temas de fundamental importância nacional e constitucional. Assim, o questionamento se deve haver o intérprete final da Constituição Federal representa um dos tópicos mais relevantes e cruciais na teoria constitucional do século XXI. Ademais, a relevância dessa análise deriva da observação de que não há consenso mesmo em países notoriamente democráticos, como os Estados Unidos e o Reino Unido.

A satisfação do objetivo geral da presente dissertação exigiu uma série de pressupostos, que envolvem, entre outros aspectos, a análise histórica das supremacias judicial e parlamentar, bem como as capacidades institucionais e efeitos sistêmicos das instituições. Isso incluiu as habilidades decisórias de juízes e legisladores, os valores que os orientam, os arranjos concretos sob análise, o papel da representação eleitoral e a hierarquia entre procedimentos decisórios justos e resultados equitativos

A análise histórica revela que os movimentos revolucionários europeus se voltaram contra a monarquia absolutista, enquanto o movimento americano teve como foco as leis que impunham ônus excessivos às ex-colônias. Para os europeus, portanto, a autoridade temida era o Poder Executivo, além dos juízes, que eram vistos como cúmplices do antigo regime. Para os americanos, a autoridade legislativa era a mais perigosa. Esses fatos demonstram, para além dos argumentos jurídicos analisados, a influência das circunstâncias fáticas à época da opção por se adotar a soberania judicial ou legislativa.

E uma vez que as circunstâncias fáticas atuais são completamente diferentes, a fórmula das “capacidades institucionais e efeitos sistêmicos” se mostra imprescindível para a solução de disputas interinstitucionais, que muitas vezes envolvem apenas disputas conceituais, construções teóricas, idealizações e percepções estáticas das questões que geram tensões entre as instituições.

Ao incorporar mecanismos reflexivos sobre as condições reais de implementação das propostas, essa fórmula ajudar a aprimorar os métodos tradicionais utilizados pelos juristas para solucionar tais disputas. Independentemente de serem acolhidas ou rejeitadas, as objeções à revisão judicial merecem um tratamento claro e transparente, sem que sejam obscurecidas por argumentos que dissimulem o problema e criem uma ilusão de solução.

Nessa linha, ela mostrou um ponto obscurecido e extremamente importante, especialmente à luz da afirmação de Waldron de que a teoria do direito habituou a comparar uma “figura idealizada do juiz” (Hércules) com uma “figura desprezível e cínica do legislador”, de onde, previsivelmente, nasceu uma tradição de celebração da revisão judicial. Contudo, Waldron talvez não consiga escapar de sua própria provocação, invertendo o desequilíbrio em favor do legislador. Esse é um dos riscos de se adotar teorias excludentes e por esse motivo se entende que a teoria dialógica é superior. Ela não é binarista, mas sim gradualista.⁵³⁶

E, ao se analisar possíveis efeitos sistêmicos de um paternalismo judicial, nota-se que uma abordagem substantiva de defesa da revisão judicial aproxima-a de um regime de guardiões. Tal abordagem pressupõe que o indivíduo, inserido em um contexto majoritário, tende a decidir de forma irracional e, conseqüentemente, deve ser privado da competência de tomar decisões relevantes para sua proteção. Há uma desconfiança em relação à habilidade do cidadão em passar por um procedimento majoritário para decidir sobre o conteúdo dos seus direitos, supondo-se que os juízes estão em melhores condições para essa tarefa do que indivíduos autônomos em um foro eleitoral-majoritário.

Na proporção em que se subtrai do povo a possibilidade de agir com autonomia, imputando a terceiros o encargo de decisões fundamentais, reduz-se a possibilidade de fomentar o senso de responsabilidade pelas ações coletivas. Tal opção, oriunda de uma perspectiva paternalista. Não permite que a sociedade cresça e evolua, eximindo-o da tomada autônoma de decisões morais de relevância

Contudo, apesar de existirem argumentos significativos contra a supremacia judicial, afastá-la exigiria uma confiança plena nos atores políticos, o que pode ser considerado inviável no atual cenário brasileiro. Além disso, a supremacia judicial pode evitar a concentração de poder em um único polo (Poder Legislativo) e, portanto, preservar a liberdade individual contra possíveis abusos.

É, portanto, saudável que haja um contrapeso em relação ao parlamento, e a análise dos julgamentos da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal ao longo dos

⁵³⁶A lógica binária se sustenta na análise baseada em dicotomias amplas e inflexíveis, tendo por objetivo verificar a presença ou ausência de determinada qualidade em um objeto (por exemplo, se um regime é democrático ou autoritário, se alguém é de esquerda ou de direita, se uma lei é constitucional ou inconstitucional). Por outro lado, a abordagem gradualista permite avaliar o grau de realização de um ideal ou a medida de determinada qualidade em um objeto. Em outras palavras, a abordagem gradualista rejeita a ideia de que exista um modelo ideal a ser alcançado e, em vez disso, propõe a criação de parâmetros de mensuração para avaliar o grau de proximidade em relação a um ideal. Assim, pontos mais próximos desse ideal são considerados mais desejáveis, sem que isso signifique uma renúncia ao compromisso com o aprimoramento contínuo.

anos deixa clara a importância desse papel. Vale mencionar dois casos emblemáticos: *Brown vs. Board of Education* (1954), decisão histórica que determinou que crianças negras e brancas pudessem frequentar as mesmas escolas públicas, acabando com a doutrina de "separados, mas iguais", e o reconhecimento, no Brasil, de que casais do mesmo sexo podem constituir união estável.

Como alternativa que combine qualidade e minimizar as falhas de ambos os lados, surgem as teorias dialógicas. Portanto, não é necessário determinar um vencedor neste debate. Ao se concentrar na oposição excludente, algo se perde. Além disso, essa ênfase gerou um impacto teórico que simplificou a análise da legitimidade, buscando apenas identificar quem possui o maior nível de autoridade

A teoria dos diálogos tem sustentado que a interpretação não é uma atividade puramente jurídica, atribuindo competência também às instituições políticas e à sociedade civil, especialmente em casos constitucionais complexos. Assim, nenhuma instância de poder teria a prerrogativa de se assenhorar da Constituição, assumindo o monopólio da sua interpretação.

Em que pese as noções de "democracia" e "constitucionalismo" se perpetuem como pilares inalienáveis nas doutrinas de supremacia parlamentar e judicial, respectivamente, deve-se salientar que a teoria dialógica não deve ser compreendida como um esforço de reconciliação entre dois conceitos supostamente conflitantes. Em vez disso, ela representa uma tentativa de estruturar, no contexto institucional, um ideal singular: o autogoverno coletivo. Esse ideal implica na igualdade moral dos cidadãos e, conseqüentemente, resulta em demandas formais e materiais.

Assim, as teorias do diálogo institucional, como categoria de resposta à pergunta de se é necessário ou não de um intérprete final da Constituição Federal, preconizam a busca por uma melhor compreensão constitucional por meio de um diálogo contínuo e colaborativo entre as distintas instituições e a sociedade. Cada uma possui as suas próprias expertises e contextos decisórios únicos, atuando em conjunto na construção de um significado constitucional mais refinado.

Ao invés de uma disputa pela palavra final, que cria uma hierarquia entre as instituições que lutam pelo controle exclusivo das decisões relacionadas aos direitos fundamentais, existe uma rede horizontal de contribuições complementares que auxiliam evolução das respostas coletivas ao longo do tempo. Desse modo, a separação de poderes envolve uma complementaridade contínua, na qual as instituições interagem e se apoiam mutuamente na busca pelo entendimento constitucional mais adequado.

Nessa linha, a Constituição é inserida em um espaço público plural e heterogêneo, de modo que as decisões judiciais deflagram uma ampla e democrática deliberação acerca de temas relevantes para a sociedade, em vez de encerrá-la. A abordagem dos diálogos institucionais nos dá, portanto, um ponto de partida interessante para discutir ideias mais complexas e inovadoras sobre como a participação democrática e a separação de poderes podem contribuir para um diálogo mais profundo e significativo na sociedade.

Assim, propõe que a Lei fundamental seja retirada do domínio do Poder Judiciário e devolvida à cidadania, vedando-se que a Suprema Corte se aproprie da Constituição Federal, especialmente diante da excessiva judicialização de conflitos e o decisionismo, cada vez mais latente.

Outrossim, sabendo que nenhum sistema é infalível, a adoção de um processo dialógico, em que a resposta é buscada por todos (Poderes e sociedade civil), pode colaborar para que a efetivação dos direitos fundamentais e a redução da polarização gerada em algumas decisões, o que, sem sombra de dúvidas, colaboraria para a evolução do direito e, conseqüentemente, da sociedade.

A não ser que de fato o juiz Hércules exista, a falibilidade humana deve ser tida como um dos pressupostos para se analisar eventual decisão política por um ou outro modelo. Assim, como as instituições estão sujeitas ao erro, afirma-se que a disputa pela "última palavra" não passaria de uma contenda em torno do direito de errar por último.

A abordagem dialógica reconhece a imperfeição de ambas as instituições e busca um projeto normativo abrangente que considere as vantagens relativas de cada uma, sem ser excluyente. Ressalta, assim, a imprescindibilidade da cooperação interinstitucional no tocante à salvaguarda dos preceitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal, em contraposição à perspectiva convencional que vislumbra o Judiciário como a última linha de defesa na proteção dos direitos em face dos demais poderes. Além disso, a referida teoria debate a pertinência da implementação dos direitos em distintos patamares e etapas dentro dos três poderes, e não apenas a sua defesa heroica mediante intervenção judicial.

Além disso, essa perspectiva fomenta o diálogo e a colaboração entre os diferentes poderes e a sociedade, estimulando a busca por consenso e o desenvolvimento de soluções conjuntas para questões constitucionais. Isso fortalece a democracia, ao garantir que as decisões tomadas sejam fruto de um processo inclusivo e

deliberativo, que considere as diversas perspectivas e demandas presentes na sociedade, em vez de favorecer apenas uma visão ou instituição específica.

Esta abordagem tem como objetivo potencializar o direito à participação, tido como o "direito dos direitos", assegurando que todos possam ter igualdade de oportunidades para se manifestarem como indivíduos autônomos.

Isso foi incorporado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5.105/DF, quando se afirmou que as teorias dialógicas ressaltam a importância de uma perspectiva de longo prazo e da continuidade de processos procedimentais. Esta perspectiva indica a inerente temporariedade da "última palavra", admitindo a continuidade da comunidade política ao longo do tempo e seu aspecto como um esforço conjunto que vai além de cada geração, tanto em termos prospectivos quanto retrospectivos.

Concluindo que nenhum procedimento assegura resultados justos e que nenhuma instituição é infalível, mesmo que bem estruturada, é relevante destacar que uma concepção de justiça substancial não leva necessariamente a um projeto institucional específico (soberania judicial ou parlamentar). Além disso, não se pode negar que a supremacia do Poder Judiciário diminui o âmbito das deliberações políticas baseadas na maioria, impedindo até mesmo que o Poder Legislativo, salvo por emenda constitucional, possa se manifestar de forma contrária à posição sustentada pelo Tribunal.

Diante disso, o sentido da Constituição deve ser determinado por meio de uma interação complexa entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além da sociedade civil. Esse processo deve ser horizontal, envolvendo uma efetiva e permanente interação entre os poderes.

Além disso, é inegável que a sociedade e a política estão em constante processo de transformação e evolução, razão pela qual a interpretação da Constituição não deve ser estática e imune a eles. Deve, portanto, sofrer esses efeitos, sendo isso possível por meio da construção de uma compreensão compartilhada e dialogada da Constituição Federal, que leve em conta a diversidade de valores e perspectivas presentes na sociedade.

Com o avanço das tecnologias de comunicação e informação, as plataformas de deliberação digital podem ser exploradas para expandir o alcance do debate público e envolver um número maior de cidadãos. Essas plataformas podem ser usadas para coletar opiniões, propostas e preocupações da população, permitindo que as pessoas se envolvam diretamente no processo de tomada de decisão.

Ainda, para que o diálogo profundo e consistente seja eficaz, é crucial que os cidadãos tenham um conhecimento sólido sobre o funcionamento do governo, o sistema legal e a Constituição. Investir em educação cívica desde a infância e promover programas que incentivem a participação política e social pode ajudar a garantir que a "razão da sociedade" seja informada e fundamentada.

Também deve haver a inclusão e auxílio a grupos sociais vulneráveis, ganhando força a Defensoria Pública, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**, vol. 14, n. 2, p. 18-51, 2016. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6167789.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ACHELESKI, Marcelo Paulo. **A judicialização das relações sociais e políticas**: uma análise a partir do pensamento de Hannah Arendt. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2007.

ALTAVILA, Jayme. **Origem Dos Direitos Dos Povos**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Ano 10, n. 42, 99-104, Belo Horizonte, out.-dez. 2010. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/317/176>. Acesso em: 30 jan. 2023.

ARRUDA, José Maria. Paradoxos da democracia no liberalismo: críticas à concepção liberal de Estado de Direito a partir de Carl Schmitt. **Periódicos da Universidade Federal da Paraíba**, 2011. Disponível em <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/10371>. Acesso em: 06 out. 2022.

ASENSIO, Rafael Jiménez. **El constitucionalismo**: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2003.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de Melo. Separação dos Poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n.1, p. 83-108, jan./abr. 2018. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934/35005>. Acesso em: 27 jan. 2023.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**, vol. XLI, tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, p. 258-259. Disponível em https://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/16040_V41_T3/PDF/16040_V41_T3.pdf. Acesso em: 06 jan. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acessado em 20 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, vol. 71 (3), p. 1109-1180, 2006. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/228603573.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BENDOR, Ariel L.; SEGAL, Zeev. Constitutionalism and Trust in Britain: an Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model. **American University International Law Review** 17, n. 4, 2002. p. 683-722. Disponível em <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1224&context=auilr&httpsredir=1&referer=>. Acesso em: 25 dez. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. Londres, Yale University Press, 1986.

BIGONHA, Luiz; MOREIRA, Antonio Carlos Alpino (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITAR, Orlando. **Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BLACKSTONE, William. **The Founder's Constitution**. Chicago: University of Chicago. *np*. Disponível em <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch3s3.html>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BONAVIDES, Paulo; BAHIA, Flávia. **A Teoria Política de Ronald Dworkin: Justiça, Liberdade e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 18 de junho de 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 06 de jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 2.860-0/DF. Requerente: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB

Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3957121>. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação direta de inconstitucionalidade 5.105/DF. Requerente: SOLIDARIEDADE. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança 26.603/DF. Impetrante: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB e Outros. Recorrida: União Federal. Relatoa: Min. Celso de Mello, 04 de outubro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Petição Avulsa na Extradicação n.º 1085/DF. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Relator: Luis Fux, 08 de junho de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de Atividades do STF de 2022**. Brasília: STF, 2023. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4806>. Acesso em: 27 jan. 2023.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'Justiça Constitucional'. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 263-286, out., 2001. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892>. Acesso em: 26 dez. 2022.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo**: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. Capacidades institucionais e caminhos a serem percorridos para uma nova cena institucional democrática. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 81, jul./set, 103-126, 2021. p. 1. Disponível em

<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Bruno+de+Sa+Barcelos+Cavaco.pdf>. Acesso em: 28 jan.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; LOTTA, Gabriela Spanghero; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil**. Brasília: Ipea, 2018.

CIARLINI, Álvaro Luis de A. S (org.). **Clássicos do direito**. Brasília: IDP, 2016.

COCCO JUNIOR, José Guimar; FANTUCCI, Simone. A Capacidade técnica do Poder Legislativo: o papel das consultorias institucionais legislativas. **Revista do Parlamento Paulistano**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 124–157, 2012. Disponível em: <https://Parlamentoesociedade.emnuvens.com.br/Parlamentopaulistano/article/view/135>. Acesso em: 3 mar. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Disponível em http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/AlexandraCosta-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf. Acesso em: 05 mar. 2023.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803). Disponível em: <http://http://constitution.org/1-Law/ussc/005-137a.txt>. Acesso em: 02 jun 2022.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo**. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 198, p. 57-86, abr./jun. 2013. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496956>. Acesso em: 11 nov. 2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Lívida da Silva. A questão prioritária de constitucionalidade do direito francês. **Teoria Jurídica Contemporânea**, 2:2, julho-dezembro, PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 174-202, 2022. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/13057/10936>. Acesso em 23 nov. 2022.

FISHER, Louis. **On the Supreme Court: without illusion and idolatry**. New York: Routledge, 2016.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. A cláusula do não obstante como ferramenta facilitadora dos diálogos institucionais? Apontamentos a partir da seção 33 da Charter of

Rights and Freedoms. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 05, n. 02, p. 48-68, abr./jun., 2020. Disponível em <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3531>. Acesso em 21 set. 2022.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GINSBURG, Tom. **The global spread of constitutional review**. In: WHITTINGTON, Keith; Kelemen, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008.

GOMES, Wilson de Souza Campos. **Lobby e Democracia: o papel dos grupos de interesse na política brasileira**. São Paulo: Annablume, 2014.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. **A crise de gestão do Poder Judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução**. Brasília: ENFAM, 2014. p. 6. Disponível em https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 28 fev. 2023.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Unesp, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2021.

HANS, Kelsen. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective. **University of Tichmond Law Review**, volume 34, p. 415-441, 2000. Disponível em <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2386&context=lawreview>. Acesso em: 29 jan. 2023.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. The charter dialog between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Jornal**, v. 35, n.1, p. 75-124, 1997. Disponível em <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>. Acesso em: 05 mar. 2023.

HUGHES, Charles Evan. **Addresses and Papers of Charles Evans Hughes**. Londres: Forgotten Books, 2013.

ISHER, Louis; DEVINS, Neal. **The Democratic Constitution**. Nova Iorque: Oxford, 2004.

JÚNIOR, César Jackson Grisa. **A dignidade da legislação e a leitura moral da Constituição, um debate acerca dos fundamentos do Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, Itajaí, 2009. p. 49/50. Disponível em <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2452/CesarJuniorDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 jan. 2023.

JÚNIOR, Elton E. Polveiro. Desafios e perspectivas do Poder Legislativo no século século XXI. **Textos para Discussão – Consultoria Legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 30, p. 1-46, 2006. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-30-desafios-e-perspectivas-do-poder-legislativo-no-seculo-xxi>. Acesso em: 03 mar. 2023.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 258-277, jan./abr., 2021. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2185>. Acesso em 11 out. 2022.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das ‘capacidade institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6/50, 2021. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322?show=full>. Acessado em 15 jan. 2023.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocacia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo ao diálogo constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MADISSON, James; ALEXANDER, Hamilton Alexander; JOHN, Joy. **Os artigos federalistas: 1787 – 1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MANGABEIRA, João. **Rui: o estadista da República**. Brasília: Conselho editorial do Senado Federal, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutor em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORBACH, Gilberto. Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil**: clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Garamond, 1997.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de Oliveira. **Jurisdição constitucional**: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial. Curitiba: Juruá, 2016.

OSTRENSKY, Eunice. Soberania e representação: Hobbes, Parlamentaristas e *Levellers*. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, 80: 151-179, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/ijln/a/h3DwH7Y8NQN7CtGJzfbGhgS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 25 dez. 2022.

PAIVA, Mozart *apud* COCCO JUNIOR, José Guimar; FANTUCCI, Simone. A Capacidade técnica do Poder Legislativo: o papel das consultorias institucionais legislativas. **Revista do Parlamento Paulistano**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 124–157, 2012. Disponível em: <https://Parlamentoesociedade.emnuvens.com.br/Parlamentopaulistano/article/view/135>. Acesso em: 3 mar. 2023.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v, 42, n. 165, p. 59-75, jan./mar, 2005. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/228>. Acesso em: 04 jan. 2023.

PINTO, José Guilherme Berman Correa. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. **Revista de Direito Público**, [S. l.], v. 7, n. 31, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1670>. Acesso em: 20 set. 2022.

RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Maíra. **Os efeitos sistêmicos na teoria constitucional**. p. 09. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>. Acesso em: 14 jan. 2023.

REVERBEL. Carlos Eduardfo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: Controle de Constitucionalidade sem Constituição Escrita. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 9-29, 2015.

RODRIGUES, Lêda Boechat Rodrigues. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A história do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. O poder nulo a superior: o Judiciário de Montesquieu, revisitado. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN** – v. 18, n. 2, p.

219-246, maio/ago., 2016. Disponível em https://www.academia.edu/37307410/DE_PODER_NULO_A_SUPERPODER_O_JUDICI%C3%81RIO_DE_MONTESQUIEU_REVISITADO. Acessado em 15 fev. 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, p. 11-44, 1986. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=298>. Acesso em: 05 mar. 2023.

SARMENTO, Daniel. A trajetória constitucional brasileira. In: (Id.). **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983.

SIEYES, Emmanuel. **A Constituinte Burguesa: O que é terceiro estado?** 6. ed. São Paulo, Freitas Bastos, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Marcos Vinicius Lopres da. **Legitimidade democrática, controle de constitucionalidade e diálogos institucionais: reflexão sobre um caminho para a resolução das relações entre os poderes em uma sociedade democrática**. 2019. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/2887>. Acesso em: 17 set. 2022.

SILVA, Matheus Pelegriano da. Dworkin, a leitura moral da constituição e os problemas da legitimidade democrática e da segurança jurídica. **Revista Direitos Culturais**, 16(38), 245-268, 2021. Disponível em <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/98>. Acesso em 20 dez. 2022.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Weak and Strong Judicial Review. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 4, p. 381-392, 2003. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3505113>. Acesso em: 23 dez. 2022.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andress. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Nova Iorque, Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass Robert. **One case at a time – judicial minimalism in the supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal do Supremo Tribunal Federal: Ministro Luiz Fux fala sobre desafios do excesso de judicialização em palestra em SP, 2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=491932&ori=1>. Acesso em: 27 jan. 2023.

Tate, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds). **The Global Expansion Of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark Victor. Marbury v. Madison Around the World. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, Georgetown, vol. 71:251, p. 251-274, 2004. Disponível em <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1246&context=facpub>. Acesso em 21 jun. 2022.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLALOBOS, Marco F. Feoli. De la justicia constitucional o las justicias constitucionales: la contribución de América Latina (los casos de Colombia y Costa Rica). **XIV Encuentro de latinoamericanistas españoles**, Santiago de Compostela, p. 2.094-2112, set., 2010. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531530>. Acesso em: 04 jan. 2023.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Ação Rescisória em Matéria Constitucional**. Revista de Direito Renovar. Rio De Jnaeiro, vol. 27/153-174, p. 159-165, 2003. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79058134.pdf>. Acesso em 15 jan. 2023.